J. CX.
O.
23
1.

Die

Lehre

vom

Versuche der Verbrechen.

Von

Dr. H. A. Zachariä,

außerord. Professor der Rechte und Beisitzer des Spruchcollegiums zu Göttingen.

Erster Theil.

Göttingen,

in der Dieterichschen Buchhandlung.

1836.

Einleitung.

La doctrine des actes préparatoires et de la tentative, sagt der geistreiche Rossi[1]), est encore une des parties les plus imparfaites du droit pénal, und wenn wir auch diese Aeußerung in Beziehung auf Deutschland nicht als ganz richtig anerkennen können, indem in der neuern Zeit manches Treffliche in dieser Hinsicht geleistet worden ist, so ist doch soviel unleugbar, daß es bis jetzt noch an einer umfassenden Bearbeitung der Lehre vom Versuche der Verbrechen fehlt.

Werfen wir nämlich einen Blick auf das bisher Geleistete und gehen wir dabei bis in die Zeit zurück, wo die Entwickelungsgeschichte des Criminalrechts als Wissenschaft beginnt, so finden wir bei den Italiänischen Juristen, welche, wie Albertus Gandinus und Spätere, selbständige Bearbeitungen des Criminalrechts geliefert haben, und deren Schriften wegen ihres Einflusses auf Deutschlands Theorie und Praxis bei einer wissenschaftlichen Bearbeitung nicht übergangen werden dürfen, nur Ausführungen über

1) Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. chap. 25.

die Frage, ob und inwiefern das versuchte Verbrechen nach Römischem Rechte und nach dem Rechte des Mittelalters gestraft werden könne, was dann die practischen Schriftsteller Deutschlands im 15ten und 16ten Jahrhundert, ohne Fortschritte auf der eröffneten Bahn zu machen, größtentheils ihren Italiänischen Vorgängern nachgeschrieben haben.

Dasselbe gilt im Ganzen von den Dissertationen aus dem 17ten und 18ten Jahrhundert, worin meistens nur die relative Strafbarkeit des Versuchs auf eine zum Theil ausführliche, aber eben nicht ansprechende Weise behandelt wird. Von einer allgemeinern Auffassung des Gegenstandes, von einer Bemühung den Begriff des Versuchs selbst fester zu bestimmen, allgemeinere Grundsätze über den Unterschied von Versuch und Vollendung anfzustellen und für die Strafbarkeit desselben bestimmte Gränzen festzusetzen, zeigen sich wenig oder gar keine Spuren. Das Allgemeine beschränkt sich in der Regel auf einen ungenauen Begriff des Conats [1]) und dessen Unterschied von der

1) So z. B. sagt Engelbrecht de mal. coept. Cap. II. §. 1. Der Versuch sey: Factum manifestum ad nocendum comparatum. Pott de poen. con. Cap. I. §. 10. sagt, er sey nichts Anderes quam actio inchoata seu imperfecta, vel actus exterior ad delictum perpetrandum directus. Ähnlich schon früher Tabor de conatu p. 4. — Vergl. auch Luz Harmonia jur. Sect. I. §. 5. „Crimen inchoatum est actio libera illicita inchoata contra leges praescriptas et ob externum impedimentum interrupta".

cogitatio, deren Straflosigkeit meistens sehr umständlich aus den bekannten und immer wiederkehrenden Stellen deducirt wird. Auch ist wohl nicht allein von Graden des Versuchs, sondern auch der motus interiores die Rede, hinsichtlich welcher die alberne Terminologie der Moralisten von motus primo primi und secundo primi mehrfach wiederkehrt.

Von den bei G. W. Böhmer Literatur des Criminalrechts S. 624 f. angeführten Dissertationen [1]), konnte der Verf. nur folgende benutzen, aus deren kurzer Inhaltsanzeige sich die Richtigkeit des gefällten allgemeinen Urtheils ergeben wird:

1) Die unter Nr. 6. zu nennende Dissertation von Rheden führt Böhmer nicht an. Dagegen werden bei ihm noch genannt, und sind zum Theil von Cropp benutzt: Dissertationen von Bader de conatu punibili. Francof. 1646. Dilherr, de conatu, poenam secundum naturae et voluntaria jura incurrente. Alt. 1649. Stock, de conatu. Marb. 1693. Stavinsky, de poena conatus. Regiom. 1710. Tenzel de poena crim. imperf. Erf. 1730. Vereyck de cogitatione a poenis libera. Lugd. Bat. 1730. Brückner, Diss. sistens crimen conatus. Jen. 1735. Hertzog, de crimine conatus. Jen. 1735. Hoffmann de initiis delictor. Tub. 1768. van Bommel de cogitatione et conatu in poenalibus. Lugd. Batav. 1776. Heidemann de conatu delinq. Hal. 1799. — Wir werden uns bemühen auch diese Dissertationen noch anzuschaffen, um darüber bei der zweiten Abtheilung, für welche die ältern Dissertationen noch am Meisten in Betracht kommen können, Rechenschaft abzulegen.

1. Christ. Schlegel (Praes. Joh. Schmidel) Disp. de conatu. Jenae. 1667.

Diese Dissertation hält ihren Gegenstand ziemlich fest und der Verf. zeigt durch reichliche Citate seine Belesenheit. Uebrigens unterliegt sie dem vorhin ausgesprochenen allgemeinen Urtheil. Von §. 30 an behandelt die Schrift den Versuch bei einzelnen Verbrechen. Besonders ausführlich ist wie gewöhnlich das Kapitel von den Fleischesverbrechen.

2. G. H Hoyer (Praes. Joh. Ott. Tabor) Diatriba juridica argumenti de conatu. Giessae. 1667.

Eine der bessern ältern Dissertationen! Nach einigen literärischen Bemerkungen beschäftigt sich der Verf. mit der Etymologie des Wortes conatus und dem Begriffe des Conats und unterscheidet ihn von der cogitatio, voluntas (Kap. 1.). Er zeigt, daß wo von einer Bestrafung der letztern im Römischen Rechte die Rede sey, die Worte vom Conat verstanden werden müßten. Die Meinung des Cujacius über den Umfang der Regel: Cogitationis poenam nemo patitur wird widerlegt. Die Regel habe keine Ausnahme. Die meisten hierher gehörigen Stellen des Röm. Rechts werden dabei erläutert. (Kap. 2.) Es folgt dann eine gute Erklärung der L. 14. D. ad L. Corn. de sicar. und eine Erörterung, in wie weit das Consilium (als Complott und Mitwissen-

schaft) strafbar sey. (Kap. 3.) Der Verf. wendet sich dann zur Betrachtung der Erfordernisse des Conats mit Rücksicht auf die peinliche Gerichtsordnung; dabei eine genaue Recension der verschiedenen Meinungen über die Worte „etliche scheinliche Werke". (Kap. 4.) Das letzte (5te) Kapitel behandelt die Frage, ob und wie der Versuch nach gemeinem Rechte bestraft werden könne?

3. Ant. Joh. Turcke (Praes. Geo. Engelbrecht) de maleficiis coeptis. Helmstad. 1680.

In dieser aus acht Kapiteln bestehenden Dissertation findet sich zunächst eine sehr unvollständige und ungenaue Bestimmung des Begriffs und der Merkmale des maleficium coeptum (Kap. 1. 2.), worauf der Verf. Kap. 3. von der voluntas und cogitatio und der Hadrianischen Sentenz L. 14. D. ad L. Corn. de sicar. redet, die er mit frühern Interpreten so zu erklären sucht, daß er ein tantum subintelligirt. In maleficiis voluntas spectatur non (*tantum*) exitus. Im 4ten Kap. (a quibus delicta attentantur) schweift die Abhandlung in das weitere Gebiet der Frage über die möglichen Subjecte eines Verbrechens aus. Im 5ten Kap. ist de objecto, forma et fine und im Kap. 6. de effectu maleficiorum die Rede, wo wieder Vieles gar nicht zur Sache Gehöriges eingeschaltet wird. Im 7ten Kap. geht Engelbrecht die einzelnen Delicta durch und sucht, was allenfalls noch am Meisten bemerkenswerth

ist, zu zeigen, daß die gewöhnliche Lehre, wonach nur der Versuch der delicta atrociora bestraft werde, falsch sey. — Daß die Schrift ebenfalls zu den bessern ältern Dissertationen gehört, läßt sich nicht leugnen.

4. Andr. Nic. Sültzner (Praes. Lüder. Mencken) de impunitate conatus in delictis. Lipsiae 1688.

Der Verf. will keineswegs zeigen, daß der Versuch gar nicht gestraft werden könne, sondern betrachtet nur diejenigen Fälle, wo der Versuch ausnahmsweise nicht gestraft werde, entweder vermöge gesetzlicher Bestimmung (per se) oder wegen besonderer factischer Umstände (per accidens). Ausgeschlossen von dem strafbaren Versuch werden, als wenn sie unter den Begriff des Conats fielen, innere Handlungen und zwar die actus primo-primi und secundo-primi. Es ist, nach mancherlei für uns ganz unbrauchbaren Unterscheidungen der impunitas conatus, von der P. G. O., der generalis consuetudo und dem Sächsischen Rechte die Rede. Das Meiste gehört zur Lehre von den Bedingungen der Strafbarkeit und Tilgung der Strafbarkeit einer Handlung im Allgemeinen.

Eine ziemlich ausführliche Schrift ist:

5. Joh. Henr. Pottii, Icti Haereditarii in Saalborn, Tractatus criminalis de poena conatus. Von der Straffe unterfangener und nicht

vollbrachter Missethat, in quo, wie es noch auf dem Titel heißt, Materia haec theoretice et practice dilucide explicatur, et quaestiones inde emergentes curate resolvuntur. Francof. et Lips. 1698.

Dieser Tractat zerfällt in 16 Kapitel, auf 193 Seiten, wovon jedoch nur die drei ersten Kapitel einiges Allgemeine von dem Begriff und der Strafbarkeit des Conats überhaupt enthalten. Die übrigen Kapitel behandeln in der Weise der damaligen Zeit die Strafe des Versuchs bei den einzelnen Verbrechen. Zu bemerken ist, daß der Verf. Cap. II. §. 24. auch die Frage aufwirft: An qui delinquere se cogitat, cum tamen revera non delinquat, pro delinquente sit habendus? wo einige in das Kapitel der Fleischesverbrechen gehörige Beispiele erzählt werden.

6. Henr. Alers (Praes. Casp. a Rheden) de poena cogitationum ad L. 18. Pandect. de poenis. Bremae 1713.

Die Schrift verdient einiges Lob, besonders Thes. XXIII seqq., wo die auf den Gegenstand bezüglichen Stellen aus juristischen und nichtjuristischen Quellen betrachtet werden. Der Verf. sucht die sonderbare Meinung des Cujacius (S. unten §. 100) durch die einfache Bemerkung zu widerlegen, nefas esse sensum mentemve legis ex tituli specialis rubro elicere velle, quasi vero non magis ad mentem legis, quam ad

titulum specialem, unde aliqua lex desumta est, respiciendum sit, — und ist der Meinung, daß die scheinbar widersprechenden Stellen des Röm. Rechts, wo von einer Bestrafung der voluntas u. s. w. die Rede ist, nicht wörtlich zu verstehen seyen. (Vergl. unten S. 187. Not. 4.) In Th. 50. 51. behandelt der Verf. die Frage, si quis cogitat se delinquere, z. B. einen Ehebruch zu begehen, attamen non delinquat, wobei eine poena extraordinaria angenommen wird, obgleich die angeführten Gründe gegen alle Strafe sprechen, und Th. 53. die Frage über die s. g. aberratio ictus.

7. Jo. Chr. Jahn (Praes. Joanne Luz) Harmonia juris naturae et criminalis in doctrina de imputatione criminis attentati. Lips. 1734.

Der Verf. geht von der Nothwendigkeit einer philosophischen Behandlung des positiven Rechts aus und sucht aus einigen allgemeinen Principien die Frage über die Strafbarkeit des Versuchs zu beantworten. Es folgt dann eine nähere Erörterung der Vorschriften des gemeinen Rechts, namentlich der peinlichen Gerichtsordnung.

8. Traugott Thomasius Problema juris crim. an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus? Lips. 1735.

Der Verf. stellt 15 rationes dubitandi gegen die geringere Strafbarkeit des conatus proximus auf, die er dann sämmtlich zu widerlegen sucht.

Sehr dürftig ist, was sich in den ältern Lehrbüchern von Gärtner, Kemmerich, Koch, Püttmann, Meister und Andern über den Versuch findet, und auch die Commentare zur P. G. O. von Blumbacher, Classen und Kress liefern nicht viel Erhebliches. Doch behandelt Letzterer die Sache schon mit etwas mehr Selbständigkeit. Hinsichtlich der Bestimmung des Begriffs und der Erfordernisse des Versuchs, der Unterscheidung desselben vom vollendeten Verbrechen geht Böhmer Meditat. ad C. C. C. einen Schritt weiter und Renazzi, Elementa jur. crim. Lib. I. Cap. V. versichert uns wenigstens, daß er der Erste sey, welcher die Lehre vom Versuch gründlich und systematisch behandele.

Man hätte erwarten sollen, daß seit dem letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts, wo ein neuer Geist die Wissenschaft des Strafrechts zu beleben begann, auch die Lehre vom Versuche der Verbrechen eine neue Gestalt gewinnen würde. Vergleicht man indeß, was darüber in den Revisionen der Grundbegriffe des peinlichen Rechts von Kleinschrod, Feuerbach und Andern darüber vorkommt, so ist doch noch kein bedeutender Fortschritt sichtbar. Eine Schrift aus dem Anfange dieses Jahrhunderts von

Karl Witzel, kurze Erörtrung des Unterschieds zwischen unterstandnen, angefangnen und vollendeten Verbrechen und deren Strafen. Jena 1808.

ist ein stümperhaftes, mit Unrichtigkeiten angefülltes Machwerk, welches verdient der Vergessenheit übergeben zu werden.

Seit dieser Zeit haben wir indeß über einzelne Theile der Lehre vom Versuche vortreffliche Ausführungen erhalten. Die Bearbeitung des Römischen Rechts in dieser Materie wurde der Gegenstand einer Preisaufgabe, welche die vorzügliche Schrift von

Cropp, de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum. Sect. I et II. Heidelb. 1813.

zur Folge hatte, die, wenn auch das Resultat derselben ein unrichtiges genannt werden muß, doch stets dem Fleiß, der Gelehrsamkeit und dem Scharfsinn des Verf. Ehre machen wird. Eine beachtenswerthe Ausführung in Beziehung auf die Strafe des Versuchs nach Römischem Rechte lieferte schon früher

J. Chr. Fr. Meister, Urtheile und Gutachten in peinlichen und andern Straffällen. Frankf. a. d. O. 1808. Nr. XXV.

Vorzügliches Verdienst um die Bearbeitung einzelner Theile der Lehre vom Versuche der Verbrechen hat sich in neuerer Zeit Mittermaier erworben. Durch die vortrefflichen Abhandlungen:

Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, im N. Archiv des Criminalrechts Bd. I. S. 163 ff.

Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, ebendas. Bd. II. S. 602 ff.

Ueber den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen und über die Grade des Versuchs, ebendaselbst. Bd. IV. S. 1 ff.

erhielt nicht blos der Begriff und die Gränze der Strafbarkeit des Versuchs eine festere Bestimmung,

sondern es sind die darin aufgestellten Ansichten auch mehr oder minder Veranlassung zu literarischen Arbeiten Anderer geworden und haben auf die gemeinrechtliche Gestaltung dieser Lehre einen unverkennbaren Einfluß gehabt. Außer Mittermaier lieferten einzelne Beiträge:

v. Seckendorf, über den nahen und entfernten Versuch zusammengesetzter strafbarer Handlungen. N. Archiv. Bd. II. S. 348 ff.

Weber, über das geendigte Verbrechen und dessen angemessene Bestrafung. N. Arch. Bd. IV. S. 24 ff.

C. Cucumus, in einer Abhandl. über die Eintheilung der Verbrechen, im N. Arch. Bd. X. S. 205 ff.

A. Ferd. Hurlebusch, in den Beiträgen zur Civil- und Criminalgesetzgebung und Jurisprudenz. Erstes Heft. Helmstädt 1817. Nr. IX. S. 64 ff.

Eine Dissertation von

L. C. J. A. de Bruun Neergaard, de conatu delicti. Gott. 1817. welche Cap. I. de notione conatus delicti et divisione und Cap. II. de poena conatus handelt, ist aus Lehrbüchern und einigen andern Hülfsmitteln zusammengeschrieben und ohne Werth.

Ueber die seit 1823 erschienenen Schriften von

X. C. E. Lelièvre, Commentat. jurid. (praemio ornata) de conatu delinquendi. Lovanii 1828. eine Arbeit, welche das ihr von Mittermaier gespendete Lob in jeder Beziehung verdient;

X. C. E. Lelièvre, de poenarum delictis adae-

quandarum ratione. Lovanii. 1826. (welche nur zum Theil hierher gehört);

Wintgens, de conatu delinquendi ejusque puniendi ratione. Groning. 1822.

Philipse, de conatu delinquendi. Lugdun. Batav. 1822.

Jordan, de nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinq. spectantibus. Marb. 1826.

de Ketelhodt, de consummatione delictorum in genere, homicidii, incendii, furti atque falsi in specie. Gott. 1826. (eine Göttinger Preisschrift).

Faider, de lege II. Codicis poen. gen. de conatu delinquendi. Trajecti 1825.

Brouwer, de conatu criminum ejusque puniendi ratione. Lugd. 1826.

Hepp, über das vollendete und unternommene Verbrechen. In dessen Versuchen über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. Heidelberg 1827.

Bauer, Anmerk. zu dem Entw. eines Strafgesetzb. für Hannover. Th. II. Göttingen 1828.

G. Hiddema Jongsma, de quaestione: an delinquendi conatus poena sit afficiendus, si delinquens, mutato consilio sponte et ultro a delicto abstineat? Groning. 1828. und

Wybenga, de puniendo conatu delinq. secund. Codicem poenal. Gallic. Groning. 1828.

hat Mittermaier im N. Archiv des Criminalrechts Bd. X. S. 536 — 557. eine vortreffliche Collectiv=

Recension geliefert, auf die wir uns, um nicht schon Gesagtes zu wiederholen, hier beziehen. Zugleich hat sich Mittermaier über die meisten wichtigen Fragen selbst wiederholt ausgesprochen.

Hinzugekommen ist noch:

Aug. Verkest, Diss. de modo in punitione conatus delinquendi servando. Gandavi. 1828.

Die Dissertation zerfällt in zwei Abtheilungen. Die erste handelt überhaupt von der Nothwendigkeit der Strafe, dem Strafzweck und Strafmaß; in der zweiten werden diese allgemeinen Grundsätze auf vollendete und versuchte Verbrechen zur Anwendung gebracht. Die Ausführung ist besonders darauf gerichtet, zu zeigen, daß die Disposition des Code pénal Art. 2. unnöthig und ungerecht sey. Der Verf. verwirft aber alle Strafe des Versuchs, will blos Sicherheitsmaßregeln und allenfalls Entziehung bürgerlicher Ehrenrechte, wie in der 3ten Abtheil. ausgeführt wird. Hatte der Versuch eine Verletzung im Gefolge, z. B. die versuchte Tödtung eine Verwundung, so soll nur diese eigentlich gestraft werden. — Die Darstellung ist klar und nicht ohne Leben; die Sprache gut.

Die besonders in diesem Jahrhundert erwachende legislative Thätigkeit in und außerhalb Deutschland mußte auch der Lehre vom Versuche der Verbrechen, als einer der wichtigsten des allgemeinen Theils, besondere Aufmerksamkeit zuwenden, und theils Rechtfer-

tigungen, theils Widerlegungen der in den neuen Gesetzbüchern und Entwürfen darüber getroffenen Bestimmungen hervorrufen. Nur beispielsweise heben wir hier die vortrefflichen Ausführungen von Oersted t, in den Grundregeln der Strafgesetzgeb. und der Prüfung des Baierischen Entwurfs von 1822, und von Bauer in den Anmerkungen zum Hannov. Entwurfe Th. I und II. hervor und machen aufmerksam auf die Leistungen in den criminalpolitischen und strafrechtsphilosophischen Schriften von Romagnosi, Carmignani und Rossi.

Auch in den neuern Lehr- und Handbüchern, z. B. von Heffter, Henke, Jarcke und A., hat die Lehre vom Versuche der Verbrechen mehr Aufmerksamkeit gefunden und es stehen, wenn man diese Uebersicht des bisher Geleisteten ins Auge faßt, treffliche Materialien zu einer umfassenden Bearbeitung derselben zu Gebote. Daß es aber dessenungeachtet an einer solchen noch fehlt, ist gleich zu Anfang bemerkt worden. Der Verf. glaubt daher wenigstens keine überflüssige Arbeit übernommen zu haben!

Ueber die Einrichtung der Arbeit selbst, den dabei befolgten Plan und die Grundsätze, von denen der Verf. bei der Bearbeitung dieser Lehre ausgegangen ist, braucht er sich um so weniger ausführlicher auszusprechen, als sie sich bei einer nur oberflächlichen Ansicht des Buches leicht ergeben werden. Bei den einzelnen Deductionen eine Entwickelung nach allgemeinen Rechtsprincipien vorausgehen und darauf die Betrachtung des positiven

Rechts folgen zu lassen, ist gewiß der natürlichste Ideengang. Was das positive Recht betrifft, so hat sich der Verf. nicht blos auf das s. g. gemeine Recht beschränkt, sondern auch die neuern Gesetzgebungen und Entwürfe berücksichtigt. Von den Quellen des gemeinen Rechts hat das Römische Recht eine ausführlichere Bearbeitung erfahren, als der Verf. selbst früher beabsichtigte. Indessen hofft er deshalb keinen Tadel zu verdienen, da es gerade hier, wo die Ausführung zum Theil gegen allgemein herrschende Ansichten gerichtet ist, einer gründlichen Erörterung bedurfte, um zu einem festen Resultate über die heutige Anwendbarkeit des Römischen Rechts in dieser Materie zu gelangen.

Hinsichtlich der Entwickelung des Sinnes der P. G. O. glaubte der Verf., daß Alles darauf ankomme, die in der damaligen Zeit in der Wissenschaft und Praxis herrschenden Ansichten kennen zu lernen, da diese den unverkennbarsten Einfluß auf dieses Gesetzbuch ausgeübt haben.

Die erste Abtheilung, welche der Verf. hiermit veröffentlicht, enthält die Lehre vom Begriff und der absoluten Strafbarkeit des Versuchs. Die zweite Abtheilung, welche so bald wie möglich folgen wird, soll die relative Strafbarkeit (dabei von den Eintheilungen oder Graden des Versuchs) und die Aufhebung der Strafbarkeit des Versuchs umfassen.

Einige unbedeutende Druckfehler wird der Leser leicht selbst verbessern. Hinzuzufügen ist nur: S. 35. Note 4. zu den Schriftstellern, welche zufolge des

Begriffs des Versuchs dolus für wesentlich halten, Jordan de nonnull. controvers. p. 25—28. Auch hätte diese Schrift S. 83. Note 1. angeführt werden können, indem darin p. 3—8. ebenfalls die Ansicht recht gut widerlegt wird, daß der Versuch zu den Milderungsgründen zu zählen sey. Zu S. 87. Not. 1. ist zu bemerken, daß Feuerbach, wie sich aus Dessen Revision Th. II. S. 267 f. ergiebt, zur Strafbarkeit des Versuchs allerdings ausdrückliche Bedrohung desselben in den Gesetzen verlangt und demnach die Aeußerung im Lehrb. §. 42. nur auf das gemeine positive Recht zu beziehen ist. — S. 137. Z. 13. ist nach dem Worte „Anstiftung" das Wort „verstehen" einzuschalten.

Uebersicht

des Inhalts des ersten Theils.

Erstes Kapitel. Vom Unterschied zwischen Versuch und Vollendung. — Begriff des Versuchs. . . . . S. 1 — 33.

Allgemeiner Begriff u. Sprachgebrauch §. 1 — 5. Bestimmung des juristischen Begriffs und Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung nach dem gesetzlichen Begriffe des Verbrechens §. 6 — 10. Rücksichten die dabei ins Auge zu fassen sind §. 11 — 15. Inwiefern ein Mangel am Thatbestande Versuch genannt werden kann? §. 16 — 17. Berichtigung des Begriffes der Vollendung. §. 18. Begriff des Versuchs nach gemeinem Rechte u. nach neuern Legislationen. §. 19 — 21.

Zweites Kapitel. Erfordernisse des Versuchs überhaupt. . . . . . . S. 34 — 76.

A. Eine absichtliche Handlung. Es giebt keinen culposen Versuch. §. 23 — 29. Möglichkeit eines Versuchs mit unbestimmtem Vorsatze. §. 29 — 31. B. Es darf durch dieselbe noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden seyn, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffs gehört. §. 32 ff. A. Von dem Versuche mit

Rücksicht auf die verschiedenen Arten der Theilnahme an Verbrechen. 1. Hinsichtlich der Urheber §. 34 — 37. 2. Vom Versuch der Verbrechensgehülfen und Begünstiger. §. 38 — 41. B. Versuch von Unterlassungsverbrechen. §. 42. C. Über einzelne bestimmte Verbrechen, bei welchen kein Versuch möglich seyn soll. §. 43 — 47.

Drittes Kapitel. Von der absoluten Strafbarkeit des Versuchs.

Erster Titel. Ist der verbrecherische Versuch überhaupt strafbar? . . . . . S. 78 — 181.

I. Nach allgemeinen strafrechtlichen Principien. §. 49 — 53. II. Absolute Strafbarkeit des Versuchs nach positiven Rechten. A. Das Römische Recht. Einleitende Bemerkungen. §. 54 — 55. Ansichten der Glossatoren §. 56. und ältern Italiänischen Schriftsteller. §. 57 — 59. Julius Clarus und andere Juristen des 16ten Jahrh. §. 60. Bynkershoek's Ansicht. §. 61. Deutsche und neuere Italiänische Juristen. §. 62 — 63. — Nähere Betrachtung des Römischen Rechts: Ältestes Recht vor und zur Zeit der 12 Taf. §. 64 — 66. Die Leges publicorum judiciorum. §. 67—74. Das neuere Römische Recht. §. 75 — 79. Versuch bei Privatdelicten. §. 80 — 83. Die crimina extraordinaria. §. 84 — 87. — Über die Unterscheidung zwischen delicta atrociora und leviora §. 88. Äußerungen nichtjuristischer Schriftsteller. §. 89. — B. Das Mosaische, ältere Germanische und Canonische Recht. §. 90 — 93. — C. Die Peinliche Gerichtsordnung Kaisers Carl V. §. 94 — 95. — D. Neuere Legislationen. §. 96 — 97.

Zweiter Titel. Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen. S. 182 — 232.

I. Nothwendigkeit der äußern Erkennbarkeit der Handlung. §. 98 ff. Römisches Recht. §. 99 — 100. Canonisches und Deutsches Recht. §. 101. Neuere Gesetzgebungen. §. 102. — II. Eine auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete äußere Handlung. Dabei von der Drohung mit Begehung eines Verbrechens. §. 103 — 104. — III. Eine Handlung, welche einen Anfang der Ausführung enthält. §. 105 ff. Handlungen, die zur Vorbereitung gehören. §. 106. Handlungen, die unter den Begriff der Ausführung fallen. §. 107. Allgemeines Merkmal des Anfangs der Ausführung. §. 108. Sind Vorbereitungshandlungen strafbar? Beantwortung der Frage nach allgemeinen Rechtsprincipien. §. 109 — 111. Widerlegung der Einwendungen gegen die Straflosigkeit. §. 112 — 113. Ausnahmen von der Regel. §. 114. Ansicht A. des gemeinen Rechts und zwar 1. des Römischen Rechts. §. 115. 2. Des Canon. Rechts. §. 116. 3. Der peinlichen Gerichtsordnung. §. 117. — 119. B. Neuere Gesetzgebungen. §. 120 — 122.

Dritter Titel. Von der zur Strafbarkeit des Versuchs erforderlichen objectiven Gefährlichkeit der Handlung. . . . . S. 233 — 263.

Unterscheidung der verschiedenen hierher gehörigen Fälle. §. 123. Verschiedene Ansichten der Criminalisten. §. 124. — I. Über den Versuch mit untauglichen Mitteln. Unterscheidung der untauglichen von den unzulänglichen und unwirksamen Mitteln. §. 125. Widerlegung Derjenigen, welche Strafbarkeit annehmen, aus allgemeinen Principien des bürgerlichen Strafrechts. §. 126 — 130. II. Über die Strafbarkeit des Versuchs, wenn es an einem wesentlichen Requisit des Thatbestandes

fehlt, dessen Vorhandenseyn der Thäter supponirte. Betrachtung des positiven Rechts. 1. Römisches Recht. §. 133 — 135. 2. Die peinliche Gerichtsordnung. §. 136. 3. Neuere Gesetzgebungen. §. 137 — 138.

Viertes Kapitel. Von der Concurrenz versuchter und vollendeter Verbrechen. . S. 264 — 288.

Einleitung. §. 139. I. Fälle der idealen Concurrenz. A. Vom s. g. qualificirten Versuche. §. 140. und von dem Falle, wenn Jemand ein Verbrechen als Mittel zur Verübung eines andern Verbrechens begeht. §. 141. B. Wenn Jemand ein Verbrechen verübt und eventuell zur Begehung eines zweiten Verbrechens entschlossen ist. §. 142. C. Von der s. g. aberratio ictus. §. 143. D. Wenn das Gesetz verschiedene Grade oder Species des nämlichen Verbrechens unterscheidet, die Vollendung aber der Absicht des Thäters nicht entspricht. §. 144. — II. Fälle der materialen Concurrenz. A. Wenn Jemand einen unabsichtlich schon bewirkten Erfolg irrthümlich durch eine absichtliche Handlung zu erreichen strebt. §. 145. B. Wenn ein vorsätzlicher Verbrecher, in der Meinung, daß er den beabsichtigten Erfolg bewirkt habe, eine andere Handlung vornimmt, durch welche in der That erst die strafbare Wirkung ohne sein Wissen herbeigeführt wird. §. 146 — 149.

Erster Theil.

Erstes Kapitel.

Vom Unterschied zwischen Versuch und Vollendung. — Begriff des Versuchs.

§. 1.

Unter Versuch denken wir uns im Allgemeinen eine absichtliche Handlung, welche darauf gerichtet ist, eine gewisse Erscheinung in der Sinnenwelt hervorzubringen [1]). Dieser Begriff ist also ein relativer; er bezieht sich auf ein anderweites Ziel, welches durch die Thätigkeit des Handelnden, durch Vorbereitung, Anschaffung, Verbindung und Benutzung gewisser Mittel erreicht werden soll, aber aus irgend einem Grunde nicht erreicht wird. Er bezieht sich aber auch zugleich auf die Absicht des Handelnden, indem man nur aus dem Umfang derselben bestimmen kann, ob die Handlung, welche zu ihrer Verwirklichung vorgenommen wurde, ein Versuch zu nennen sey, oder nicht. Denn sobald sie nicht mehr umfaßte, als die Handlung enthält, reden wir nicht von einem Versuche.

§. 2.

Das Wort ist kein wissenschaftliches, sondern ein Ausdruck des gemeinen Lebens. Der gemeine Sprachgebrauch

1) Cropp de praec. jur. Rom. circa puniend. conat. Sect. I. p. 35. „Et conatus quidem perfectae rei opponitur atque dicitur actus ad aliam rem efficiendam vel assequendam comparatus.“ — Daher sprechen wir nicht von Versuch, wenn eine Handlung einen nicht beabsichtigten, zufälligen Erfolg hat. Mittermaier im N. Arch. Bd. I. S. 165.

verbindet aber mit „Versuch" den dargelegten Begriff. Wenn sich scheinbar hiervon Ausnahmen finden, so sind sie eben nur scheinbar. Denn wenn wir von chemischen, von physicalischen Versuchen reden, obgleich Alles hervorgebracht zu seyn scheint, was beabsichtigt wurde, so erklärt sich dies daraus, daß wir dabei noch an andere mögliche Entdeckungen denken, oder jene nur als unvollkommene Nachahmungen gewisser Erscheinungen der Natur betrachten; — und wenn der Gelehrte die Bearbeitung eines wissenschaftlichen Gegenstandes einen Versuch nennt, so geschieht dies deshalb, weil seine Bescheidenheit ihm verbietet, seine Arbeit als ein in jeder Hinsicht vollendetes Product zu bezeichnen.

§. 3.

Dem Versuch gegenüber steht der Begriff der Vollendung, der Erreichung des erstrebten Ziels, der Erlangung, Bewirkung des Bezweckten, der Beendigung einer auf ein Object gerichteten menschlichen Thätigkeit, verbunden mit Hervorbringung des beabsichtigten Erfolgs. Ist diese vorhanden, dann reden wir nicht mehr von einem Versuche. Also könnte, wenn man sich in den Standpunkt des Handelnden versetzt, nur die Beschaffenheit, der Umfang seiner Absicht darüber entscheiden, ob der Begriff eines Versuchs vorliege oder nicht. Hiermit wird aber die Ansicht Anderer nicht immer übereinstimmen. Sie werden die Handlung und den Erfolg derselben blos ihrer äußern Erscheinung nach auffassen und von Vollendung reden, ohne sich darum zu bekümmern, ob die Absicht des Handelnden noch weiter ging und ob derselbe noch einen entferntern Endzweck damit verband, indem sie dies als etwas Unwesentliches betrachten.

§. 4.

Schon der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens hat die Begriffe von Versuch und Vollendung auch auf uner-

laubte Handlungen, insbesondere auf Verbrechen übertragen. Die positiven Strafgesetze kennen sie ebenfalls, und die Wissenschaft des Strafrechts hat sie weiter auszubilden und näher zu bestimmen. An diese hat sich der Richter zu halten, sollten sie auch mit der Ansicht des gemeinen Lebens nicht ganz übereinstimmen. Denn der gemeine Sprachgebrauch bindet sich nicht immer an ein festes Prinzip und so kann es leicht geschehen, daß derselbe, indem er vielleicht die Absicht des Verbrechers berücksichtigt, nur von einem Versuch des Diebstahls, der Entführung oder Brandstiftung u. s. w. redet, während der Richter die That für eine vollendete erklären muß.

§. 5.

In der römischen Rechtssprache ist der Ausdruck conatus delinquendi, welchen die Neuern zur Bezeichnung des Versuchs eines Verbrechens überall gebrauchen, nicht zu finden [1]), wenngleich das Wort conatus schon bei Cicero in der Bedeutung von „Versuch" mit widerrechtlichen Handlungen in Verbindung gebracht wird [2]). Auch bei den classischen römischen Juristen finden wir das Wort zuweilen, um damit eine Handlung zu bezeichnen, welche den beab-

1) Lelièvre de conatu delinq. Lovan. 1828. p. 37.

2) Cicero in Catil. I. c. 5. Cum proximis comitiis consularibus me consulem in campo et competitores tuos interficere voluisti, compressi tuos nefarios conatus amicorum praesidiis et copiis. — Ibid. II. c. 12. motus, conatusque prohibebit u. sed inceptum ullum conatumve contra patriam deprehendero. — Auctor Orat. ad pop. antequam iret in exilium. c. 4. Frequentes profecto talibus conatibus obviam ire niteremur. — Livius XLII. c. 11. Moneret Senatum, ut Persei conatis obviam iret. — Vellej. Paterc. II. c. 29. Magna ausus, magnificeque conata executus. — Cf. Seneca de ira III. c. 3. — Jul. Victor ars Rhetorica ed. A. Majo. cap. 6. §. 5. setzt exitus u. conatus einander gegenüber.

sichtigten oder im Gesetz vorausgesetzten Erfolg nicht gehabt hat, und als Gegensatz den Ausdruck effectus [1]); ebenso in kaiserlichen Verordnungen [2]). Doch kommen auch andere Ausdrücke zur Bezeichnung dieses Gegensatzes vor. Die consummata injuria wird der coepta gegenüber gestellt [3]); es wird zwischen perfectum und imperfectum flagitium [4]), coeptus und perfectus ambitus unterschieden [5]), zwischen scelus und sceleris voluntas [6]), zwischen commissa und inchoata crimina [7]), wenn der Constitution von Severus und Antoninus nicht ein anderer Sinn zu Grunde liegt [8]) und das Wort crimen nicht von „Untersuchung" zu verstehen ist, was indeß wohl in diesem Falle verneint werden kann [9]).

1) Ulpianus Lib. 3. ad Edict. L. 1. in fin. D. Quod quisque juris (II. 2.) — quid enim obfuit conatus, si injuria nullum habuerit effectum. Statt effectus in L. 16. §. 8. D. de poen. eventus.

2) L. 1. Th. Cod. Ne praeter crimen majest. (IX. 6.) — Ita ut tam nefandos conatus ferri aut ignium poena compescat.

3) L. 1. in fin. D. cit.

4) L. 1. §. 3. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.)

5) L. 1. Th. Cod. Ad L. Jul. de amb. (IX. 26.) cf. auch Suetonius vit. Caligulae c. 12. — ipsum postea etsi non de perfecto at certe de cogitato quondam parricidio professum.

6) L. 1. Th. Cod. cit. — L. 1. pr. D. de extraord. crim. „effectus sceleris — voluntas perniciosae libidinis."

7) L. 1. Cod. Ubi de crimin. (III. 15.) Quaestiones eorum criminum, quae legibus, aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt, — — perfici debere satis notum est.

8) Dies ist schon der Fall, sobald man mit Haloander commissae vel inchoatae liest, wo sich dann diese Worte auf Quaestiones beziehen.

9) Schrader in Hugo's civilist. Magaz. Bd. IV. S. 422. erklärte sich für die Lesart commissa vel inchoata, so daß beides sich auf crimina bezöge, welches Wort aber hier theils für Verbrechen, theils für Untersuchung zu nehmen sey, weil in den

Allerdings heißt aber crimen inchoatum auch der begonnene Proceß und ist dann nicht für Versuch zu nehmen [1]. Auch die Ausdrücke moliri [2], tentare und attentare [3] bedeuten zuweilen soviel wie „versuchen" und affectus kömmt

Basilic. Lib. VII. tit. 5. Nr. 77. die Stelle so wieder gegeben wird: ὅπου ἡμάρτηται ἢ ὅπου ἤρχθη ἡ περὶ αὐτῶν δίκη. — Birnbaum im N. Archiv des Criminalr. Bd. VIII. S. 690 f. glaubt dagegen, es sey gleichgültig, ob man sich für die eine oder andere Lesart erkläre, denn das Wort criminum sey durchaus nur für quaestio oder judicium zu nehmen. Ich kann mich indessen noch nicht von der Richtigkeit dieser Erklärung überzeugen. Denn wenn es auch nicht in Zweifel zu stellen ist, daß das Wort crimen (von cernere, wie discrimen von discernere) sehr häufig für Untersuchung, Strafgericht genommen wird, wie Birnbaum sehr gründlich gezeigt hat, z. B. in L. 1. C. de quaest. IX. 41. und in vielen andern Stellen, so kömmt es doch auch häufig in der Bedeutung von delictum, maleficium vor, z. B. §. 6. Inst. de publ. jud. (IV. 18.) L. 6. in fin. Cod. ad Leg. Jul. repetund. (IX. 27.) L. 10. C. de episcop. et cler. (I. 3.) L. 5. Cod. Si reus vel accus. (IX. 6.) L. 7. §. 5. D. de accus. (XLVIII. 2.) L. 11. §. 4. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) L. 1. §. 10. D. ad SCtum Turpill. (XLVIII. 16.) cf. Edm. de Hagen Comm. de quaestione: Quale sit discrimen inter delicta publica, tam ordinaria, quam extraordinaria, atque privata, ex princ. jur. Rom. Gött. 1832. 4. §. 5. 6. — Gegen die Erklärung Birnbaum's spricht aber theils, daß es ja heißt Quaestiones eorum criminum, was also hieße quaestiones earum quaestionum, theils daß das Wort coercentur nicht zu der von Birnbaum beliebten Bedeutung paßt. Er sieht sich daher auch genöthigt „exercentur" statt „coercentur" zu lesen, wofür er die Autorität keiner Handschrift, sondern nur Gründe der Vermuthung vorbringen kann.

1) z. B. in L. 13. Cod. Ad L. Jul. de adult. (IX. 9.)

2) §. 3. Inst. IV. 18. — L. 2. Th. C. de quaest. (IX. 35.) — L. 8. Th. C. de indulg. crim. (IX. 38.)

3) L. 1. 4. Th. C. Ad L. Jul. de amb. (IX. 26.) L. 5. Cod. de episc. et cler. (I. 3.)

auch in der Bedeutung von Versuch vor [1]). Perpetrare facinus heißt überhaupt das Verbrechen begehen [2]).

Im canonischen Rechte, bei den Glossatoren, den italiänischen Practikern und den ältern deutschen und französischen Juristen kommen die meisten der erwähnten Ausdrücke zur Bezeichnung der nämlichen Sache vor [3]). — Die P. G. O. redet von unterstandener Missethat [4]) und setzt dieselbe der Vollbringung derselben gegenüber. — Die neuern Criminalisten und Gesetzgebungen reden fast alle von Versuch und Vollendung [5]).

1) L. 2. Th. C. eod.

2) L. 1. Th. C. de accus. (IX. 1.) — L. 5. Th. C. de exhib. vel transm. reis. (IX. 2.)

3) Die Glosse und die italiän. Practiker unterscheiden del. attentatum und consummatum, affectus und effectus. Gloss. ad L. 5. C. de episc. et cler. (I. 3.). Häufig wird die Frage über die Strafbarkeit des Versuchs so bezeichnet: An puniatur affectus sine effectu? Auch die Worte cogitare, agere u. perficere werden häufig nebeneinandergestellt. Conatus u. effectus. Bei Damhouder Prax. rer. crim. cap. 83. 95. wird das ordinatum od. conceptum dem consummatum et perfectum delictum gegenüber gestellt.

4) P. G. O. Art. 178. „Straff vnderstandner missethat." Cf. P. G. O. Art. 119. und Bamb. H. G. O. Art. 204. 144. — Walch Glossar. p. 518. 519. — Weber im N. Archiv Bd. IV. S. 30.

5) Das Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 40-43 gebraucht diese Ausdrücke nicht, sondern umschreibt die Sache. Nur am Rande findet sich die Rubrik „von unternommenen und ausgeführten Verbrechen." Auch Klein Grundſ. des peinl. Rechts §. 145 ff. gebraucht das Wort „Versuch" gar nicht. — Im vorigen Jahrhundert bedienten sich die Schriftsteller auch häufig des Ausdrucks delictum imperfectum z. B. Tenzelius de poena crim. imperfecti. Erf. 1730. Cocceji de Jure circa actus imperfectos in Exerc. curios. Lemgov. 1722.

§. 6.

Eine der schwierigsten Fragen in der ganzen Lehre vom Versuch der Verbrechen, deren Beantwortung aber die Grundlage für alles Übrige bildet, bleibt immer die, wie der gesetzliche Begriff des Versuchs festgestellt, wie der allgemeine Grundsatz gefaßt werden müsse, welcher über das Daseyn eines vollendeten oder versuchten Verbrechens entscheidet. Einleuchtend ist es, daß diese Frage in einer doppelten Beziehung aufgeworfen werden könne, welche aber häufig und nicht ohne Nachtheil mit einander vermischt worden ist [1]), nämlich 1. Was ist Versuch und was Vollendung zufolge der Natur der Sache oder nach allgemeinen Rechtsansichten? und 2. wie muß der Begriff des Versuchs mit Rücksicht auf eine bestimmte positive Legislation, insbesondere nach gemeinem Rechte, bestimmt werden, wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat, einen allgemeinen Begriff, einen generellen Grundsatz darüber aufzustellen?

§. 7.

Betrachten wir zunächst die letzte Frage [2]) mit besonderer Berücksichtigung des gemeinen Rechts, so ist soviel unzweifelhaft, daß weder allgemeine philosophische Prin-

1) Auf ähnliche Weise unterscheidet Wintgens Disp. de conatu delinq. Groning. 1822. zwischen theoretischem und gesetzlichem Begriffe des Versuchs. Lelièvre Com. de conatu delinq. p. 2.

2) Vergl. Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 1 ff. Hepp Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtsw. S. 256 f. 271 — 282. Lelièvre Comm. de conat. delinq. p. 1 sq. — Die Frage, wann ein Verbrechen als vollendet zu betrachten sey, sucht mit einer Menge willkührlicher Unterscheidungen zu beantworten de Ketelhodt, de consummatione delictorum in genere, homicidii, incendii, furti atque falsi in specie. Goett. 1826. S. darüber Mittermaier im N. Arch. X. S. 556.

cipien, noch der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens hier entscheiden können, indem die besondere Ansicht des Gesetzgebers vor Allem ermittelt werden muß und den Vorzug verdient. Wir setzen hierbei voraus, daß das positive Gesetz den Versuch der Verbrechen überhaupt für strafbar erklärt hat; denn ist dieses nicht der Fall, liegt dem positiven Rechte das Princip zu Grunde, daß eine Handlung nur insofern gestraft werden könne, als sie dieselben Eigenschaften an sich trägt, wie die im Gesetze mit Strafe bedrohte That, da wird die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung für diese Gesetzgebung ohne Werth seyn [1]), und dasselbe wird von jenen Gesetzgebungen behauptet werden müssen, welche ganz allgemein jede auf Hervorbringung eines Verbrechens gerichtete Handlung für eben so strafbar erklären wie die vollendete That [2]). Ist dies aber nicht der Fall, wie nach heutigem gemeinen Rechte, fehlt es aber auch an einer allgemeinen Begriffsbestimmung des

1) Wie z. B. in den germanischen Rechten.

2) S. jedoch Cropp de praecept. jur. Rom. I. p. 35 — 37. welcher mit Recht darauf aufmerksam macht, daß auch bei einer solchen Gesetzgebung zwischen Versuch und Vollendung unterschieden werden könne, oder daß man nicht sagen dürfe, sie erkläre jedes Delict schon mit einer äußern auf Begehung desselben gerichteten Handlung für vollendet. „Nec mera logomachia haec est; quid enim, si lex posterior (quod respectu juris Romani in universum C. C. C. art. 178. factum est) de conatu delinquendi nova statuerit, num ea lege priori, quae voluntatem delinquendi eadem, qua consummatum delictum, severitate puniri jussit, derogari potest? — Utique si cum nobis feceris; si cum illis, et constare tibi velis, nequaquam, quippe cum antiquior lex de consummato, recentior de inchoato delicto, alia igitur de alia re agat, atque sine pugna consistere altera salva altera possit." — Ob übrigens das röm. Recht wirklich eine solche allgemeine Regel über die Strafbarkeit des Versuchs aufstelle, ist eine andere hier noch nicht zu erörternde Frage.

strafbaren Versuchs, da wird nur vermöge einer sorgfältigen Erforschung der Principien der Gesetzgebung über die bürgerliche Strafbarkeit überhaupt, der Ansichten des Gesetzgebers über die Beschaffenheit und den Grund der Strafbarkeit der einzelnen verbrecherischen Handlungen und vermöge der Beachtung der Art und Weise des Ausdrucks bei ber Bedrohung mit Strafe ein einiger Maßen sicheres Resultat über die Vorstellungen des Gesetzgebers von Versuch und Vollendung gewonnen werden können. Die Ansichten des gemeinen Lebens werden dabei in sofern von Bedeutung seyn, als man eine Abweichung des Gesetzgebers ohne Nachweisung bestimmter Gründe nicht wird annehmen dürfen. Denn die Gesetzgebung ist für das Leben; die allgemeine Volksansicht übt darauf einen entscheidenden Einfluß aus, die Gesetzgebung ist, wenigstens bei einem vernünftigen Gesetzgeber, kein Product der Willkühr, sondern der durch Meinung, Sitte und andere Eigenthümlichkeiten des Volks bedingten Nothwendigkeit. —

§. 8.

Sollen wir aber die Absicht des Handelnden, was und wieviel sie umfaßte, ganz bei Seite liegen lassen, abgesehen von der Frage, ob zu jedem Versuch verbrecherischer Vorsatz erforderlich sey? Ohne Zweifel kann sie nicht unbeachtet bleiben. Sie hat aber nur eine secundäre Bedeutung, die sich bei der Beurtheilung eines Falles in concreto äußert, insofern nämlich aus der Richtung des verbrecherischen Willens die Frage zu beantworten ist, welches Verbrechen von dem Handelnden versucht sey und ob die vorliegende That der Endzweck des Thäters oder nur das Mittel zur Verübung eines anderen Verbrechens

war [1]). Dagegen kann die Absicht des Handelnden nicht über Versuch oder Vollendung entscheiden, wenn zwar der Endzweck, den der Thäter vor Augen hatte, nicht erreicht worden ist, dieser Endzweck aber zufolge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Gesetzgebers hinsichtlich der Frage, ob bloßer Versuch oder Vollendung anzunehmen sey, als irrelevant zu betrachten ist [2]).

§. 9.

Schon hieraus läßt sich erkennen, daß das unterscheidende Princip über Versuch und Vollendung nicht dahin bestimmt werden könne, Versuch sey anzunehmen, wenn

1) L. 14. D. ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) In maleficiis voluntas spectatur non exitus. L. 1. §. 3. D. eod. Vergl. vorzüglich Mittermaier im N. Arch. Bd. IV. S. 10 ff. S. auch noch L. 53. D. de furtis (XLVII. 2.) „Nam maleficia voluntas et propositum delinquentis discernit." Man denke nur an die verschiedenen Fälle der Entwendung einer Sache, wo nur die Absicht des Thäters entscheidet, ob Diebstahl, Injurie oder Selbsthülfe anzunehmen sey. Die Wegführung einer Person kann crimen raptus und plagium auch wohl Hochverrath, die Entblößung eines Frauenzimmers Versuch der Nothzucht oder Realinjurie, eine Verwundung bloße Körperverletzung oder Versuch der Tödtung, eine Störung der öffentlichen Ruhe durch eine vereinigte Menge Menschen Auflauf, Aufruhr, Landfriedensbruch oder Hochverrath seyn.

2) z. B. der Hochverräther hat seine Absicht, die Staatsverfassung zu ändern, nicht erreicht, der Brandstifter wollte, daß mehrere Gebäude oder ein ganzer Ort eingeäschert werden solle. Kleinschrod systemat. Entwickl. I. §. 33. — Tittmann Hdb. der Strafrechtsw. Th. I. §. 96. Dasselbe muß aber auch anderer Seits gelten, wenn das Gesetz verschiedene Grade des nämlichen Verbrechens nach der Größe des äußern Schadens festsetzt. Wenn Jemand z. B. 18 Rthlr. stehlen wollte aber nur 12 Rthlr. entwendet, so wird man nicht sagen können es liege ein Versuch des großen Diebstahls vor. Cf. Mittermaier im N. Arch. Bd. IV. S. 11.

der vom Thäter bezweckte Erfolg nicht eingetreten sey. Denn dann würde ja gerade die Entscheidung der Frage, ob ein versuchtes oder vollendetes Verbrechen vorliege, lediglich von der Absicht des Thäters abhängig gemacht. Kann man aber nicht wenigstens insofern die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung auf den Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Erfolgs der Handlung gründen, als wir dabei zwar nicht den vom Thäter beabsichtigten Effect, aber doch den nach der Vorstellung des Gesetzgebers zum Wesen der Handlung gehörigen Erfolg ins Auge fassen? Dies scheint schon nach der Ansicht der ältern Criminalisten als das unterscheidende Princip betrachtet worden zu seyn, indem sie, wie schon bemerkt wurde, den effectus dem affectus gegenüber stellen und auch neuere Criminalisten [1]) scheinen dies zu billigen, wenn sie die Eintheilung der Verbrechen in versuchte und vollendete auf die Verschiedenheit des Verhältnisses des gesetzwidrigen Erfolgs zur rechtswidrigen Handlung gründen. Ohne Zweifel sollte man nun meinen, daß hiernach der Begriff des Versuchs dahin bestimmt werden würde, er sey vorhanden, wenn der Verbrecher den gesetzwidrigen Erfolg nicht erreicht habe. Allein mehr ein richtiger Tact als Consequenz scheint z. B. Feuerbach [2])

1) Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §. 41. 42. 110. 111. Klein peinl. R. §. 145. stützt den Unterschied auf das Verhältniß des Vorsatzes zur Wirkung, was bei ihm dasselbe wie Erfolg bezeichnet. S. auch Denselben in Quistorps Grds. des peinl. Rs. I. Bd. 6te Aufl. §. 29. Note †. wo er den in der That sich vorsichtiger ausdrückenden Verf. verbessern will. — Denselben Fehler begeht Tittmann Hdb. I. §. 47. S. jedoch ebendas. §. 96.

2) Feuerbach a. a. O. §. 42. Ganz übereinstimmend definirt Meister princ. jur. crim. §. 37. Nur hält er den effectus auch in der Definition von Versuch fest, indem er sagt: Conatus delicti subsistit in factis ad delictum aliquod perpetran-

geleitet zu haben, wenn er gleich darauf das Verbrechen ein vollendetes nennt, sobald alles geschehen und bewirkt worden sey, was zum Begriff des Verbrechens gehöre und die Unternehmung als eine auf Hervorbringung eines Verbrechens gerichtete äußere Handlung bezeichnet.

§. 10.

Es liegt am Tage, daß jenes Unterscheidungs-Princip die stillschweigende Voraussetzung enthält, daß zum gesetzlichen Begriff aller Verbrechen ein bestimmter Erfolg, eine in die Sinne fallende Wirkung gehöre. Billig fragt man nun vor allen Dingen, was heißt denn Erfolg oder Wirkung? Soll damit eine wirkliche Rechtsverletzung, ein materieller Schade für den durch das Delict Beleidigten gemeint seyn? Dann wird man entweder zugleich behaupten müssen, daß zum gesetzlichen Begriff aller Verbrechen die Anrichtung eines Schadens erforderlich sey, oder man wird, wenn man dies, wie bei einer flüchtigen Übersicht der verschiedenen Verbrechen einleuchtend ist [1]), nicht zugeben kann, damit stillschweigend erklären, daß die Eintheilung in versuchte und vollendete Verbrechen keine allgemeine, sondern denjenigen Verbrechen eigenthümlich

dum directis, ubi tamen deest is effectus, quo delicti istius notio absolvitur. Vergl. auch Martin Lehrb. des Criminalr. 2te Ausg. §. 49. „Fehlt es hingegen lediglich an den zur Vollendung des in Frage stehenden Verbrechens erforderlichen Wirkungen einer strafbaren Handlung — — so bildet sich hieraus der eigenthümliche Thatbestand des verbrecherischen Versuchs." — Abgesehen davon, daß hiernach auch immer eine Wirkung zur Vollendung erfordert wird, scheint diese Umschreibung in der That nur einen s. g. beendigten Versuch zu enthalten. Und doch soll es nach Note 7. Abstufungen des verbrecherischen Versuchs geben.

1) Vergl. Bauer Anmerk. zum Entwurf eines Strafgesetzb. für Hannover Th. II. S. 102 ff. — Lelièvre de conatu delinq. p. 5.

sey, welche einen Schaden zu ihrem Thatbestande erfordern, was sich ebenfalls bald als unhaltbar erweisen muß. — Nehmen wir aber Erfolg in einer weitern Bedeutung für jede Veränderung in der Sinnenwelt, so bringt offenbar jede äußere Handlung, also auch der Versuch eines Verbrechens und nicht blos die Vollendung, dergleichen hervor, wie schon die peinliche Gerichtsordnung andeutet, wenn sie zum Versuch etliche scheinliche Werke fordert [1]).

§. 11.

Fassen wir jetzt, nachdem die Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit anderer Unterscheidungsprincipe erkannt worden ist, die schon im §. 7. angedeuteten allgemeinen Rücksichten etwas näher ins Auge, so werden I. die Principien der Gesetzgebung über die bürgerliche Strafbarkeit überhaupt für die Begriffsbestimmung des Versuchs in doppelter Beziehung von Bedeutung seyn. Einmal werden nämlich die allgemeinen Bedingungen für die bürgerliche Strafbarkeit überhaupt auch als wesentliche Voraussetzungen für die Strafbarkeit eines Versuchs betrachtet und hiernach wird hauptsächlich auch der Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen bestimmt werden müssen. Andern Theils wird ohne Zweifel die verschiedene Ansicht des Gesetzgebers, je nachdem bei ihm der objective oder subjective Maßstab vorherrschend ist, eine engere oder weitere Begränzung des Versuchs zur Folge haben. So werden wir z. B. wenn sich zeigen läßt, daß der Gesetzgeber bei Androhung der Strafen vorzüglich die Verletzung auf dem äußern Rechtsgebiete im Auge gehabt habe, sobald keine Rechtsverletzung bewirkt, sondern nur ein Recht gefährdet worden ist, uns eher zur Annahme eines Versuchs hinneigen müssen.

1) Hepp, Versuche über einzelne Lehren der Strafrsw. No. X. über das vollendete und versuchte Verbrechen. S. 256 — 259.

§. 12.

Berücksichtigen wir sodann II. die Ansichten der Gesetzgebung über die Beschaffenheit und den Grund der Strafbarkeit der einzelnen Verbrechen, so werden wir

a. bei denjenigen Verbrechen, welche die Gesetze aus dem Grunde mit Strafe bedrohen, weil sie die Verletzung eines bestimmten Rechts eines Individuums in sich enthalten, eine Grundbedingung für die Ausübung anderer Rechte vernichten oder factisch aufheben, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich etwas Anderes verordnet hat, so lange von einem Versuche sprechen müssen, bis jene Aufhebung oder Verletzung wirklich erfolgt ist. Es sind dies diejenigen Verbrechen, welche schon nach dem Sprachgebrauch nur dann als vollständig vorhanden betrachtet werden, wenn ein gewisser Erfolg wirklich eingetreten ist. z. B. bei der Tödtung oder Körperverletzung.

b. Bei denjenigen Verbrechen dagegen, welche wir schon deshalb mit Strafe bedroht finden, weil sie den ganzen rechtlichen Zustand oder Rechte Einzelner gefährden oder denselben widersprechen, kann nur so lange von einem Versuche die Rede seyn, als nicht die, zur Erreichung des verbrecherischen Zweckes nothwendige Haupthandlung, nebst der sie unmittelbar begleitenden Wirkung vorliegt, und wirklich schon Jemand in seinem Rechte als verletzt oder gefährdet betrachtet werden kann. Auch hier wird häufig schon der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens zu einer richtigen Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung hinleiten, jedoch nicht immer; und gerade bei dieser Classe von Verbrechen ist besondere Vorsicht bei der Benutzung desselben erforderlich, weil der Sprachgebrauch doch nicht selten, die Absicht des Thäters mehr berücksichtigend, blos von einem Versuche reden wird, wo nach richtigen Principien die That als vollendet erscheint. So wird z. B. der

Laie von einem Versuch des Diebstahls zu sprechen geneigt seyn, wenn der Dieb bei der Verfolgung die Sache im Stiche lassen mußte, er wird keine vollkommene Brandstiftung annehmen, so lange noch das Feuer nicht wenigstens wirklich zum Ausbruch gekommen ist.

§. 13.

Auch bei dieser zweiten Classe von Verbrechen werden wir zwar oft von einem zum Verbrechen gehörigen Erfolg oder einer Wirkung der verbrecherischen Handlung reden können, allein dies ist mehr eine Eigenschaft der Handlung selbst als eine mit dem Objecte des Verbrechens vorgehende physische Veränderung. So wird 1. bei denjenigen Verbrechen, deren Haupthandlung darin besteht, daß der Verbrecher sich irgend eines Gegenstandes zur Erreichung eines sinnlichen Zweckes bemächtigt, die That als vollendet erscheinen müssen wenn die Bemächtigung wirklich erfolgt, das Object — wenn auch nur einen Augenblick — in der Gewalt des Verbrechers sich befunden hat. Dies gilt z. B. vom Verbrechen des Diebstahls, des Raubes, der Entführung, der Erpressung und des Plagiums. Denn die Bemächtigung ist diejenige Handlung, welche das Gesetz verbietet und durch sie wird auch erst das entgegenstehende Recht wirklich verletzt. 2. Hat das Gesetz eine gewisse Handlung für strafbar erklärt, zugleich aber auch verschiedene Erfolge berücksichtigt, welche die That haben kann, und danach vielleicht verschiedene Strafen bestimmt z. B. beim Verbrechen der Aussetzung, ber Kinderabtreibung, so wird doch von einem Versuche des Verbrechens nur so lange gesprochen werden können, als die als verbrecherisch bezeichnete Handlung nicht vollständig vorliegt, ohne Rücksicht auf den verschiedenartigen Erfolg. Dasselbe gilt 3. von denjenigen Verbrechen, welche als Mittel zur Erreichung der verschiedenartigsten, vom Gesetze selbst gar

nicht näher bezeichneten oder wenigstens nur beispielsweise erwähnten Zwecke oder Erfolge begangen werden, z. B. Verbrechen der Gewaltthätigkeit, des Betrugs oder der Fälschung. Es genügt hier, wenn nur der Form nach eine wirkliche Rechtskränkung vorliegt [1]). Daß der Verbrecher

1) Bekannt ist es, wie verschiedener Meinung die Rechtslehrer über die Vollendung des Verbrechens des Betrugs und der Fälschung sind. Vgl. Wächter Strafrecht II. S. 220 ff. In neuerer Zeit hat Cucumus im N. Arch. Bd. X. S. 513—535 und S. 681—699. mit Rücksicht auf die Unterscheidung von falsum und stellionatus im römischen Rechte, Betrug und Fälschung auf eine eigenthümliche Weise zu trennen versucht, jenen als hinterlistige Beschädigung, diese als bloße widerrechtliche Entstellung der Wahrheit zu characterisiren gesucht, und auch aus einem angeblich verschiedenen Grunde der Strafbarkeit die Folgerung abgeleitet, daß der Betrug einen wirklichen materiellen Schaden zur Vollendung erfordere. — Bauer Lehrb. des Strafrs. 2te Ausg. §. 272. hat die Grundidee aufgenommen und mit Klarheit, Scharfsinn und Consequenz weiter ausgebildet. Hiernach sollen Betrug und Fälschung ihrer Natur nach sehr verschieden seyn und zwar 1) hinsichtlich des Gegenstandes, 2) des Grundes der Strafbarkeit, 3) des Umfangs der Strafbarkeit, 4) der verletzten Person und 5) des Momentes der Vollendung. Fälschung und Betrug sollen zwar verwandte, aber doch ganz verschiedene Verbrechen seyn. — Ich kann mich indessen von der Richtigkeit und Nothwendigkeit dieser Unterscheidung noch nicht überzeugen. Jedenfalls kann aus unserm positiven Rechte wenig oder nichts dafür angeführt werden. Daß beide Verbrechen einen verschiedenen Gegenstand hätten, der Grund der Strafbarkeit verschieden sey u. s. w. ist nur Folgerung aus dem willkührlich angenommenen Unterschied. Überall ist es die widerrechtliche, eine Benachtheiligung bezweckende Täuschung, welche der Handlung den Character einer strafbaren verleiht und nur darin zeigt sich ein bemerkenswerther Unterschied, daß in manchen Fällen schon die Entstellung der Wahrheit an sich widerrechtlich ist, nämlich da, wo Jemand ein Zwangsrecht hat, Wahrheit und nichts als Wahrheit von dem Handelnden zu verlangen, während in allen übrigen Fällen der Character der Widerrechtlichkeit nur

seinen Zweck erreicht, einen Schaden angerichtet, oder einen Gewinn gemacht habe, ist zur Vollendung im Allgemeinen nicht erforderlich. 4. Auf ähnliche Weise wird bei denjenigen Verbrechen, welche wir deshalb mit Strafe bedroht finden, weil sie eine besondere Pflichtverletzung, oder einen Bruch eines zu einer besondern Treue verpflichtenden Verhältnisses enthalten, insofern nicht bestimmte Abweichungen des positiven Rechts dargethan werden können, im Allgemeinen so lange bloßer Versuch angenommen werden müssen, als nicht eine Handlung vorliegt, welche eine objectiv erkennbare Treulosigkeit oder Pflichtverletzung enthält. Dies entscheidet im Allgemeinen über die Vollendung der Vergehen der Staatsdiener, über die Consummation der Prävarication, der Verletzungen der Verfassung durch Minister und der Staatsverbrechen im engern Sinne [1]). 5. Wenn das Gesetz ein gewisses

dadurch hergestellt wird, daß durch die Entstellung der Wahrheit irgend ein anderes vollkommenes Recht verletzt oder gefährdet ist. Daraus folgt aber keine Nothwendigkeit zwei verschiedene Verbrechen anzunehmen. Auch gelangt man durch diese Unterscheidung in vielen Fällen zu einer ganz unzulässigen Annahme einer Häufung oder Concurrenz zweier Verbrechen, so daß z. B., wenn in einer Civilsache ein Meineid geschworen oder eine falsche Urkunde producirt wurde, neben dem Meineid und der Fälschung meistens noch ein Versuch des Betrugs gestraft werden müßte, — oder wenn man dies nicht zugeben will, wie man es nach gemeinem Rechte offenbar nicht kann, so wird man nicht wissen, ob man die Handlung als vollendete Fälschung, oder als versuchten Betrug betrachten soll. cf. übrigens Birnbaum im Archiv des Criminalrechts Jahrg. 1834. S. 527 ff.

1) Nur insofern gehört auch zur Vollendung des Hochverraths ein gewisser Erfolg, als die Handlung schon einen bestimmten und objectiv erkennbaren Bruch der Unterthanentreue enthalten muß. So lange äußerlich kein offener Bruch vorliegt, wird man nur von einem Versuche reden können. Von jeher ist man bei diesem Verbrechen darüber ziemlich einig gewesen, daß es nicht darauf ankommen könne, ob der Verbrecher seinen Zweck erreicht und den Umsturz des Staats oder einer wesentlichen Einrichtung

Verhältniß für ein verbrecherisches erklärt, so liegt Vollendung nicht bloßer Versuch vor, sobald sich der Verbrecher wirklich in dieses Verhältniß gesetzt hat, z. B. Bigamie, Blutschande. 6. Verbrechen, welche einen Eingriff in ein besonderes Recht des Staats enthalten, s. g. Regierungsverbrechen, sind dann vollendet zu nennen, wenn die Handlung des Verbrechers wirklich schon einen Eingriff oder eine Verletzung dieses Rechts enthält. Daher wird z. B. die Münzfälschung erst durch den Gebrauch des falschen Geldes vollendet; das crimen ambitus durch die Ertheilung des Amtes, welche mit der Antretung nicht zu verwechseln ist, das Duell, insofern man dasselbe als eine Verletzung der richterlichen Gewalt betrachten will, durch den wirklichen Gebrauch der Waffen, die Befreiung eines Gefangenen durch die wirkliche Hafterledigung, Aufruhr und Widersetzlichkeit durch die wirkliche Anwendung physischer oder psychischer Gewalt. 7. Ähnlich sind diejenigen Privatverbrechen welche ein ideales Gut eines Privatus verletzen, wie die Injurienverbrechen. So lange noch keine wirkliche Verletzung oder dem

bewirkt habe. Nur Tittmann hat bekanntlich im Hdb. der Strafrsw. Th. II. §. 215. eine andere Ansicht aufgestellt, beschränkt sie jedoch bei der nähern Bestimmung wieder auf eine Weise, durch welche das aufgestellte Princip so gut wie aufgegeben wird. Nach der neuesten Ausführung über diesen Gegenstand von Hepp, Beiträge zur Lehre vom Hochverrath. Bern 1833. S. 1—12. S. auch Dessen Versuche S. 275 f. 304 f. soll irgend eine, dem Grade nach auch noch so geringfügige Verletzung als Unterscheidungsmerkmal des vollendeten von dem versuchten Hochverrath betrachtet werden, welches auch durch unternommenen Angriff bezeichnet wird. cf. auch Bauer Lehrb. 2te Ausg. §. 345. Im Resultat dürfte diese Ansicht mit der vorhin dargelegten vielleicht übereinstimmen. Nur scheint der Ausdruck „Angriff" bei vielen Fällen des Hochverraths, insbesondere denjenigen, welche unter den Begriff der Landesverrätherei gestellt werden, nicht ganz passend zu seyn. cf. auch Mittermaier im N. Arch. Bd. IV. S. 9.

idealen Rechte äußerlich widersprechende Handlung vorliegt, kann von keiner Vollendung die Rede seyn.

§. 14.

Fassen wir endlich von den oben (§. 7.) angedeuteten Gesichtspunkten den letzten ins Auge, berücksichtigen wir nämlich III. die Beschaffenheit des von dem Gesetzgeber bei Bezeichnung der verbrecherischen Handlung gewählten Ausdrucks, so wird auch hieraus die Ansicht des Gesetzgebers über den Moment der Vollendung und die Gränze des Versuchs häufig bestimmt werden müssen [1]). Nur werden wir bei der Benutzung des besondern gesetzlichen Ausdruckes vorsichtig seyn müssen, namentlich dann, wenn man hierdurch ein anderes Resultat erlangen sollte, als zufolge der allgemeinen Principien der Gesetzgebung und zufolge des Grundes der Strafbarkeit der Handlung erwartet werden durfte. Diese Beschränkung gilt besonders dann, wenn der Wortsinn als zweifelhaft zu betrachten ist, oder die gebrauchten Ausdrücke eben eine weitere und engere Erklärung zulassen. So werden wir auch z. B. da, wo nach dem gesetzlichen Ausdrucke der Eintritt einer gewissen Wirkung oder eines Erfolges zum Verbrechen gehört, sobald der Erfolg nicht in sich selbst begrenzt und stets ein und derselbe seyn muß, sondern ein geringer und ein großer, ein wenig oder mehr gefährlicher und schädlicher seyn kann, wenn nicht der Wille des Gesetzgebers ganz deutlich erklärt ist, mit dem Daseyn des

1) Schon Mittermaier sagt in Beziehung auf das Verbrechen des Hochverraths im N. Arch. Bd. IV. S. 9.: „Der besondere Ausdruck des Strafgesetzes wird hier den Richter sicher leiten, z. B. ob das Gesetz sagt: Wer dem Feinde im Kriege Festungen übergiebt, wer zum Feinde übergeht, oder ob es heißt: Wer mit dem Feinde sich deshalb in verrätherische Unterhandlungen einläßt." S. jedoch auch Oben S. 8. Note 2.

Erfolgs in jeder Ausdehnung Vollendung des Verbrechens annehmen müssen [1]).

§. 15.

Schon aus dem Bisherigen geht zur Genüge hervor, daß der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung, da er weder lediglich auf die Absicht des Handelnden, noch auch auf die Existenz oder Nichtexistenz eines gewissen Erfolgs gestützt werden kann, durchgreifend nur mit Rücksicht auf den Begriff des Verbrechens bestimmt werden könne, in welchem sich die Vorstellung des Gesetzgebers von der zum Eintritt der gesetzlichen Strafe nothwendigen Beschaffenheit der verbrecherischen Handlung ausspricht, und da ohne eine solche Vorstellung von bestimmten Merkmalen der Handlung sich vernünftiger Weise gar kein Strafgebot denken läßt, so wird man auch nicht sagen können, daß das Unterscheidungsprincip im Allgemeinen kein ausreichendes sey. Den Inbegriff der einzelnen Merkmale und Eigenschaften der verbrecherischen Handlung, deren Ausmittelung freilich bei jeder Gesetzgebung, die, wie die gemeinrechtliche, keine festen Begriffe aufstellt, zuweilen besondern Schwierigkeiten unterliegen kann, nennen wir den Thatbestand des Verbrechens, durch dessen Zu-

1) Man denke z. B. an Tödtung und Brandstiftung. Wenn der Gesetzgeber sagt: Wer einen Menschen tödtet, so ist kein Zweifel möglich, weil der Erfolg nur ein einziger seyn kann und keine Gradationen zuläßt. — Sagt dagegen das Gesetz: Wer menschliche Wohnungen in Brand steckt, so müssen wir das Verbrechen für vollendet erklären, sobald die Sache gebrannt hat, wenngleich der Ausdruck auch von einem Brennen der ganzen Sache verstanden werden kann. Anders würde es natürlich seyn, wenn der Gesetzgeber einen Ausdruck gewählt haben sollte, welcher offenbar einen größern Erfolg in sich schließt; z. B. es hieße: Wer ein Haus durch Anlegung von Feuer zerstört, wer menschliche Wohnungen einäschert.

sammenziehung in einem verbundenen Satze der s. g. gesetzliche Begriff gebildet wird. Dabei müssen wir uns nur hüten, das Unwesentliche mit dem Wesentlichen zu vermischen. Nicht selten erwähnt nämlich der Gesetzgeber bei der Bedrohung einer Handlung mit Strafe eine Eigenschaft derselben, welche er seiner Erfahrung nach häufig damit verbunden fand, ohne aber die Absicht zu haben, diese Eigenschaft als eine zum Begriffe des Verbrechens wesentliche bezeichnen zu wollen [1]).

§. 16.

Bei näherer Betrachtung der Sache zeigt sich aber, daß sie doch noch einer genauern Bestimmung bedürfe, um den Begriff des Versuchs festzustellen. Es ist nämlich allerdings soviel als ausgemacht zu betrachten, daß wenn der Begriff des Verbrechens vollständig vorliegt, nicht mehr von einem Versuche des Verbrechens geredet werden könne, indem der Begriff der Vollständigkeit dem des Versuchs gegenüber steht. (§. 3.) Die Beziehung des Unterschiedes zwischen Versuch und Vollendung auf den gesetzlichen Begriff des Verbrechens ist also gewiß in sofern richtig, als jeder Versuch einen Mangel am vollständigen Begriff voraussetzt. Können wir aber auch umgekehrt sagen: Überall, wo eine verbrecherische Handlung nicht alle Merkmale des gesetzlichen Begriffs in sich enthält, ist sie als Versuch des Verbrechens zu betrachten? Diese Frage wird Jedermann bei flüchtiger Überlegung verneinen! Denn wenn auch jeder Versuch einen Mangel am Thatbestande des Verbrechens involvirt, so ist doch offenbar nicht jeder Mangel am Thatbestande

1) Man denke z. B. an den Art. 107. der P. G. O. wo von einem durch den gerichtlichen Meineid verursachten Schaden die Rede ist. — Vergl. Entwurf einer peinl. Gesetzgebung (von Pflaum) Frankf. 1772. §. 11.

Versuch [1]). Die Frage, wie sich der Versuch von dem Mangel am Thatbestande überhaupt unterscheide, oder wie der Begriff desselben bestimmt werden müsse, damit er nicht auf jeden Mangel am Thatbestande passe, scheint bisher noch nicht gehörig gewürdigt worden zu seyn. Nur bei Gelegenheit des Streites über den Punkt, ob der Mangel am Thatbestande Milderungsgrund sey, was Feuerbach bis zuletzt behauptet [2]), Mittermaier dagegen wohl mit Recht bestritten hat [3]), hat man beiläufig in den zur Rechtfertigung vorgebrachten Beispielen auf den Unterschied hingewiesen. So fragt Feuerbach, nachdem er mehrere andere Beispiele aufgeführt hat: „Und wenn eine Weibsperson ihr uneheliches lebendgebohrnes Kind, gleich nach der Geburt erwiesenermaßen mit Absicht um das Leben gebracht, aber ihre Schwangerschaft nicht verheimlicht, folglich, wie das Gesetz annimmt, die prämeditirte Absicht durch den Mord des Kindes den gepflogenen Beischlaf zu verheimlichen, nicht gehabt hat: was ist jene Handlung? ist sie gar kein Verbrechen? oder ein Versuch? oder was ist sie sonst?" Daß hier von keinem Versuche die Rede seyn könne, wenn man nämlich überhaupt Verheimlichung der Schwangerschaft zum Thatbestande des Kindesmordes verlangt [4]), ist auf den ersten Blick klar. Wann kann aber überhaupt der Mangel am Thatbestand nicht Versuch genannt werden? Wir glauben im Allgemeinen antworten zu können: Wenn der Mangel nicht das Fortschrei=

1) Schon Mittermaier macht im N. Arch. I. S. 166. kurz hierauf aufmerksam, indem er sagt: Es dürfe beim bloßen Mangel am Thatbestande nicht vom Versuche gesprochen werden. Nur scheint damit zugleich erklärt zu seyn, daß der Versuch kein Mangel am Thatbestande sey; — dies aber würde wohl unrichtig seyn.

2) Feuerbach Lehrb. 11te Ausg. §. 98.

3) Im N. Arch. Bd. III. No. 16.

4) S. darüber die neueste Abhandlung von Wächter im Archiv des Criminalrechts. 1835. S. 71 ff.

ten oder die Beendigung der verbrecherischen Thätigkeit oder den Eintritt der zum Begriff des Verbrechens erforderlichen Wirkung, sondern eine andere Eigenschaft des Verbrechens betrifft [1]). Insofern nun zu einem Verbrechen nicht der Eintritt einer gewissen Wirkung erforderlich ist, die Vollendung also blos durch die Beendigung der mit gewissen andern Eigenschaften versehenen Handlung bedingt ist, wird man weniger darüber in Zweifel seyn können, ob ein gewisser Mangel am Thatbestande Versuch genannt werden könne [2]). Wo aber wie z. B. bei dem Verbrechen der Tödtung, der Tod als Wirkung und Folge der Handlung zum Thatbestande des Verbrechens gehört, da pflegte man bisher ohne festes Princip zwischen der Bezeichnung durch Versuch oder Mangel am Thatbestande zu schwanken.

§. 17.

Wenn wir für jetzt die Frage, in wiefern wirklich ein

1) Mittermaier im N. Arch. Bd. I. S. 166.

2) Wenn Feuerbach Lehrb. §. 98. Note b) die daselbst angeführten zwei ersten Beispiele nicht als bloße Versuche betrachten zu können glaubt, so ist ein hinreichender Grund dafür nicht einzusehen. Denn wenn der Raub, wie Feuerbach ihn definirt, weiter nichts als eine vermittelst Gewalt gegen die Person des Besitzers verübte Entwendung ist, zur Beendigung der Handlung aber gehört, daß wirklich etwas entwendet werde, so ist nicht ersichtlich, warum die Handlung des A. welcher den B. mit Gewalt niederwirft, aber nichts findet, was er ihm nehmen könnte, nicht Versuch des Raubes soll genannt werden können. Hiernach dürfte man auch von keinem Versuch eines Diebstahls durch Einbruch sprechen, wenn der Dieb wirklich eingebrochen ist, um zu stehlen, aber nichts zu stehlen fand. — Dasselbe gilt von dem von der Nothzucht entlehnten Beispiele. Fordert man einmal immissio seminis zur Beendigung der Handlung, so ist dieselbe bloßer Versuch, so lange dieselbe nicht erfolgt oder, was juristisch ganz dasselbe ist, daß sie erfolgt sey, nicht bewiesen ist. S. auch Feuerbach Lehrb. §. 268. 341. 354. worin er mit §. 98. offenbar in Widerspruch geräth.

strafbarer Versuch vorliege, bei Seite liegen lassen und zugleich auch vorläufig als ausgemacht betrachten, daß zu jedem Versuche die Absicht, das Verbrechen zu begehen, wesentlich sey, so ist soviel gewiß, daß 1. wenn die Absicht das Verbrechen zu begehen zweifelhaft oder wirklich nicht vorhanden war, und dazu noch ein sonstiger Mangel am Thatbestande hinzukommt, so daß es z. B. ungewiß ist, ob die zugefügte Verletzung den Tod zur Folge gehabt habe, von gar keinem Verbrechen die Rede seyn könne. Dasselbe würde aber auch der Fall seyn, wenn bei zweifelhafter Absicht ungewiß ist, ob das zur Verübung des Verbrechens nothwendige Mittel ein taugliches und der Gegenstand des Verbrechens ein solcher gewesen sey, an welchem das Verbrechen begangen werden konnte. Ist aber 2. der verbrecherische Entschluß vollkommen erwiesen und liegen auch äußere, auf Ausführung dieses Entschlusses gerichtete Handlungen vor, so ist im Allgemeinen Versuch des Verbrechens anzunehmen, ohne Unterschied, ob a. die zum Thatbestand des Verbrechens erforderliche Wirkung nicht eingetreten ist, weil von Seiten des Verbrechers noch nicht Alles zur Hervorbringung dieser Wirkung Erforderliche geschehen war, oder die vollständige Handlung diese Wirkung aus irgend einem Grunde nicht gehabt hat, die sie doch im concreten Falle hätte haben können, z. B. der in mörderischer Absicht Verwundete ist nicht gestorben, oder der Verbrecher wurde, während er auflauerte, ergriffen; ob b. die Wirkung nicht eingetreten ist, weil sie erwiesener Maßen mit dem angewendeten Mittel oder an dem zu verletzenden Gegenstande nicht hervorgebracht werden konnte, oder doch zweifelhaft bleibt, ob es in dem fraglichen Falle überhaupt oder noch möglich war, z. B. das Leben des Getödteten zur Zeit der mörderischen Handlung ist ungewiß; oder endlich c. ob es zweifelhaft ist, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der ver-

brecherischen Handlung eingetreten sey. Denn überall, wo ein solcher Zweifel eintritt, liegt die Wirkung juristisch nicht vor und es ist in der That nicht einzusehen, warum es kein Versuch des Verbrechens der Tödtung seyn soll, wenn z. B. wegen Unmöglichkeit der Section der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg wirklich unerwiesen ist [1]).

§. 18.

Aus dem Bisherigen läßt sich aber auch noch die nicht ganz unwichtige Folgerung ableiten, daß man streng genommen keinen ganz richtigen Gegensatz bildet, wenn man Vollendung des Verbrechens und Versuch einander gegenüber stellt und jene dadurch erklärt, daß man sagt, sie sey anzunehmen, sobald sich bei einer That alle Merkmale, die vermöge des Gesetzes zum Begriffe dieses Verbrechens gehören, vereinigt finden [2]). Wenn gleich nun dabei wohl an die den Endpunkt des Verbrechens betref-

1) Ich kann daher, wenn Mittermaier im N. Arch. Bd. I. S. 166. sagt: „daher darf auch beim bloßen Mangel am Thatbestand nicht vom Versuche gesprochen werden, das Verbrechen kann völlig vollendet erscheinen, aber die Unmöglichkeit der Section z. B. beim Kindermorde, begründet mangelnden Thatbestand" — die Richtigkeit des angeführten Beispiels nicht anerkennen, wenn Absicht zu tödten und mörderische Behandlung erwiesen vorliegt. Denn die Unmöglichkeit der Section hat ja gerade die Wirkung, daß juristisch das Verbrechen nicht als vollendet erscheint.

2) So Hannov. Entwurf Art. 35. und Bauers Anmerk. dazu Th. I. S. 374 ff. Auch die Th. II. S. 101. in Vorschlag gebrachte veränderte Fassung, welche den Ausdruck „Merkmale" vermeidet, unterliegt demselben Einwurf. Der revid. Entwurf von 1831. hat im Art. 32. die frühere Fassung beibehalten, welche aus dem Baierschen Entwurfe von 1822. Art. 45. entlehnt und der negativen Fassung des Baierschen Strafgesetzbuches Art. 37. vorgezogen worden ist. Vergl. auch Bauer Lehrb. 2te Ausg. §. 65., wo die später vorgeschlagene Fassung recipirt ist.

fenden Merkmale gedacht worden ist, so bleibt doch, was die Fassung des Begriffs betrifft, wie er dem des Versuchs offenbar entgegengesetzt wird, der Einwand stehen, daß hiernach stets Versuch vorliegen müßte, sobald sich bei einer That nicht alle Merkmale vereinigt finden, die vermöge des Gesetzes zum Begriffe des Verbrechens gehören, was doch gewiß Niemand behaupten wird; und in sofern hatte Mittermaier gewiß recht, wenn er einwendete, es gehöre dieser Begriff der Vollendung nicht hierher, sondern zur Frage vom Daseyn des Thatbestandes. Entweder muß man sagen, Thatbestand des Verbrechens und Vollendung desselben ist ein und dasselbe, oder wenn man dies nicht zugeben kann, so muß der Begriff der Vollendung von dem des Thatbestandes auf deutliche Weise unterschieden werden [1]), und wirklich einen reinen Gegensatz zum Begriff des Versuches bilden. Dies geschieht aber gewiß mehr, wenn wir mit Feuerbach [2]) den Begriff der Vollendung dahin bestimmen, daß sie eintrete, wenn alles geschehen und bewirkt worden ist, was zum Begriffe des Verbrechens gehört; und zur Beseitigung des Einwandes [3]), daß diese Definition zu der unrichtigen Idee führe, als ob zur Vollendung eines jeden Verbrechens die Her=

1) Daß dies durch das Wörtchen „sobald" als Gegensatz von „noch nicht" hinreichend geschehe, wie Bauer Anmerk. I. S. 366 f. glaubt, darf wohl bezweifelt werden. Ob ich sage, der Thatbestand eines Verbrechens ist der Inbegriff aller Merkmale u. s. w. oder der Thatbestand ist vorhanden, sobald sich alle Merkmale vereinigt vorfinden, ist doch wohl einerlei.

2) Lehrb. des peinl. Rechts §. 42.

3) Bauer Anmerk. I. S. 365. — Auch Mittermaier sagt a. a. O. „Sobald alle Merkmale, welche das Gesetz zum Thatbestande eines Verbrechens fordert vollständig existiren, so ist das Verbrechen vollendet" — und doch soll, wie auf derselben Seite behauptet wird, Versuch und Mangel am Thatbestand verschieden seyn.

vorbringung einer gewissen Wirkung gehöre, darf man nur das „Und" in ein „Oder", verwandeln und sagen „geschehen oder bewirkt." Vielleicht würde es rathsamer seyn, statt „Vollendung" lieber von „Beendigung des Verbrechens" zu sprechen, weil der letztere Ausdruck weniger zu dem Nebenbegriffe führt, als müßten auch alle sonstigen gesetzlichen Eigenschaften des Verbrechens, die sich gar nicht auf den Endpunkt des Verbrechens beziehen, vorhanden seyn, wenn von Vollendung solle geredet werden können [1]).

§. 19.

Zufolge der bisherigen Ausführung und mit Rücksicht auf den näher entwickelten Begriff der Vollendung oder Beendigung des Verbrechens darf der allgemeine Begriff des Versuchs eines Verbrechens (wir reden, wie schon bemerkt wurde, noch nicht von den Gränzen der bürgerlichen Strafbarkeit) dahin bestimmt werden:

> Versuch eines Verbrechens ist eine absichtliche auf Begehung eines Verbrechens gerichtete äußere Handlung oder Unterlassung mit welcher oder durch welche noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffes gehört.

Im Wesentlichen stimmt dieser Begriff mit demjenigen

1) In dem Entwurf eines Strafgesetzb. für Norwegen, ins Deutsche übersetzt von Fr. Thaulow. Christiania 1834., heißt es Cap. III. §. 1. „Hat Jemand vorsätzlich angefangen, ein Verbrechen ins Werk zu setzen, ohne daß dieses nach den über das Verbrechen im Gesetzbuche gegebenen Bestimmungen zur Ausführung gekommen ist rc." Durch diese Fassung des Begriffes scheint das Mißverständniß verhütet zu werden, als wenn auch alle sonstigen Erfordernisse des Thatbestandes zur Vollendung desselben gehörten. S. aber wieder Entw. v. Frey. 1835. Art. 80.

überein, welchen Mittermaier [1]) aufgestellt hat. Nur hat er nicht angedeutet, daß ein Versuch auch durch eine Unterlassung begangen werden kann, wovon noch weiter Unten die Rede seyn wird. Dies geschieht dagegen schon von Lelièvre [2]) wenn er sagt: Conatus igitur dici potest factum vel facti omissio, cujus ope quis aliud factum a lege sub poena prohibitum efficere voluit quin re vera hoc aliud factum sit secutum. Die Unterscheidung zwischen einem theoretischen und einem practischen oder legalen Begriffe des Versuchs, welche wohl gemacht worden ist [3]) und wobei man daran gedacht hat, daß doch die Gesetze es nicht immer darauf ankommen ließen, daß der Delinquent seinen Zweck erreicht habe, um ihn wegen eines vollendeten Verbrechens zu bestrafen, weshalb der natürliche Begriff des Versuchs gesetzlich oft in engere Gränzen eingeschlossen sey, — eine solche Unterscheidung kann, wenn man ein Liebhaber von Terminologien ist, zwar gerechtfertigt, darf aber wohl als sehr entbehrlich betrachtet werden.

Auch die Definitionen der meisten übrigen Criminalisten stimmen mit der hier gegebenen überein [4]) und Viele fehlen, wie schon ausgeführt worden ist, nur darin, daß sie den Mangel eines gewissen Erfolgs allgemein als characteristisch

1) N. Archiv Bd. I. S. 176.

2) Comm. de conatu delinq. p. 1.

3) B. A. Wintgens Disp. de conatu delinq. p. 13 sq. u. darüber Lelièvre l. c. p. 2. 3.

4) Cf. aber Engau Elem. jur. crim. Lib. I. §. 21. Püttmann Elem. jur. crim. §. 32. Kress ad art. 178. C. C. C. Koch, Inst. j. cr. §. 26. Klein peinl. R. §. 145, welche keine feste Begriffsbestimmung geben. Auch J. Sam. Fr. v. Böhmer ad Art. 178. der P. G. O. entwickelt schon die einzelnen Erfordernisse des Versuchs vortrefflich, faßt sie aber nicht in einem vollständigen Begriffe zusammen. Kleinschrod systemat. Entwickl. I. §. 32. Meister princ. jur. crim. §. 37. — Tittmann Hdb. I. §. 96. — Heffter Criminalrecht §. 60.

betrachten, was theils unrichtig ist, theils leicht mißverstanden werden kann. Andere geben keinen allgemeinen Begriff des Versuchs, sondern definiren nur den nach ihrer Ansicht bürgerlich strafbaren Versuch [1]).

§. 20.

Blicken wir auf das positive Recht, so fehlt es, was zunächst die gemeinrechtlichen Gesetze betrifft, an einer hinreichenden Begriffsbestimmung. Für die Römer war sie ohne Interesse und die peinliche Gerichtsordnung befaßt sich nicht mit Definitionen, welche der Wissenschaft überlassen bleiben. Doch umschreibt sie die „unterstandene Missethat" in ihrer einfachen und einem Gesetzbuch nicht unangemessenen Sprache. „Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mögen, vndersteht, vnnd doch an volnbringung derselben missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde" sind die gesetzlichen Worte, in welchen ohne Zweifel eine Andeutung der wesentlichen Merkmale eines verbrecherischen Versuchs enthalten ist, wie sich noch weiter Unten ergeben wird. Hier mag nur noch die Bemerkung Platz finden, daß die Lesart „etliche" welche sich in der Ivo Schöfferschen Ausgabe vom Monat Hornung 1533 findet, zweifelhaft ist. Im Entwurf der Carolina von 1521 und 1529, so wie in einigen Ausgaben, namentlich in der sonst für die älteste gehaltenen, sine die et Consule zu Mainz bei Ivo Schöffer erschienenen Ausgabe, findet sich nämlich „ehrlichen" statt „etlichen."

1) Bauer Lehrb. §. 60., wo das Merkmal, daß die Handlung einen Anfang der Ausführung enthalten müsse, gleich in den Begriff des Versuchs aufgenommen ist. Daß man, so lange kein Anfang der Ausführung gemacht ist, nicht sagen könne, daß das Verbrechen versucht worden sey, ist eine Behauptung, die durch den Sprachgebrauch nicht gerechtfertigt wird.

Kress, welcher dieser Lesart den Vorzug giebt, glaubt daß „ehrlich" hier gleichbedeutend sey mit „redlich" und wie in dem in der Carolina mehrmals vorkommenden Ausdruck „redliche Anzeigen" s. v. a. hinreichend bedeute. Böhmer dagegen, welcher übrigens der Lesart „etliche" den Vorzug giebt, und glaubt, daß „ehrlich" ein Druckfehler sey, macht die wunderbare Conjectur, daß der Kaiser auch vielleicht „ehrlich scheinende Werke" im Sinne gehabt haben könne [1]), obgleich keine Ausgabe scheinend liest und scheinend und scheinlich zwei ganz verschiedene Begriffe involviren. Was aber die Kressische Erklärung betrifft, so ist es eine ganz unerwiesene Behauptung, daß ehrlich in der damaligen Zeit dieselbe Nebenbedeutung wie redlich gehabt habe. Für die Lesart „etliche" sprechen aber folgende überwiegende Gründe: 1. die Auctorität der Ivo Schöfferschen Ausgabe vom Monat Hornung 1533. 2. Die Übereinstimmung der Bambergischen [2]), Brandenburgischen [3]) und Hessischen [4]) Halsgerichtsordnung. 3. Die Wiederholung der Worte etlich Werk in dem Nachsatz des Artikels „solcher böser will, daraus etlich werk, als obsteht, volgen, ist peinlich zu straffen" [5]).

1) Medit. ad C. C. C. art. 178. §. 4. „Interim non dissimulo, verbum ehrliche sine metu sensum articuli turbandi retineri posse, si, ut par est, de actibus indifferentibus, vel speciem boni prae se ferentibus, qui conantibus ad suspicionem delicti declinandam familiares esse solent, accipitur. Quo posito perinde est, ac si legislator scripsisset: mit ehrlich scheinenden werken. — Übrigens führt Böhmer an, daß auch die Lesart „äußerlich" vorkomme, was dasselbe wie scheinlich sagen würde.

2) Art. 204.

3) Art. 206.

4) Art. 126.

5) cf. C. Fr. Walch Glossarium germ. interpretationi C. C. C. inserviens. Introduct. §. IV.

§. 21.

In mehreren neuern Gesetzbüchern und Entwürfen finden sich Definitionen des Versuchs, welche mehr oder weniger als gelungen betrachtet werden können, wogegen andere gar keine allgemeine Regeln über Bestrafung des Versuchs aufgestellt haben und deshalb auch keine Begriffsbestimmung geben. Letzteres ist z. B. der Fall in dem Gesetzbuch Leopolds des Weisen für Toscana v. 1786, in dem Code pénal von 1791. Andere setzen den allgemeinen Begriff des Versuchs voraus und stellen nur die Bedingungen der bürgerlichen Strafbarkeit auf; so in der neuern französischen Gesetzgebung [1]), in den darauf gegründeten italiänischen Legislationen für die cisalpinische Republik und das Königreich Italien, in den neuern österreichischen Gesetzbüchern über Verbrechen [2]) und in dem Crim. Gesetzb.

1) Code pénal v. 1810. Art. 2. Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'execution — fast wörtlich übereinstimmend mit dem Gesetz vom 22. Prair. an. IV. wodurch (abweichend vom Code von 1791) zuerst der Versuch der Verbrechen überhaupt für strafbar erklärt wurde. Mit Recht ist an der Fassung dieses Artikels getadelt worden, daß er zu der Meinung veranlaßt, als ob es auch einen Versuch ohne actes extérieures gebe. cf. Lelièvre de conat. delinq. p. 203 sq. Derselbe Fehler findet sich in dem ganz auf das französische Recht gegründeten Gesetzbuche für die cisalpinische Republik, und in dem Progetto di Codice penale pel regno d'Italia wo es Art. 68. heißt: L'attentato di delitto, perche sia punibile, deve essere manifestato con atti esterni e prossimi all' esecuzione. Lelièvre l. c. p. 403. 404. 406.

2) S. Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung von Joseph II. Wien 1787. Art. 9. „Obschon der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch kein Kriminal-Verbrechen sind, so ist doch auch zum Verbrechen nicht nöthig, daß rc. — Gesetzb. Kaisers Franz II. über Verb. und schwere Polizei-Übertretungen I. §. 7. „Zu einem Verbrechen ist nicht nöthig, daß

für den Kanton Basel [1]). Manche Gesetzgebungen bezeichnen und bedrohen nur die verschiedenen Grade oder Stufen des Versuchs, so z. B. die Preußische [2]). — Bestimmte Begriffe finden sich z. B. in dem Strafgesetzbuch für Baiern v. 1813 [3]) und für Oldenburg [4]), in den Entwürfen für Hannover [5]), in dem Codice penale della Republica e Cantone del Ticino von 1816 [6]), in dem spanischen Straf=

die That wirklich ausgeführt werde; schon der Versuch einer Übelthat ist das Verbrechen, sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat ꝛc. S. auch Instruction donnée par Catharine II etc. §. 201. Quoique les lois ne punissent pas l'intention, ce n'est pas à dire pour cela qu'une action par laquelle on commence un délit et qui marque la volonté de l'exécuter, ne merite une peine etc.

1) §. 14. „Zum Begriff eines Verbrechens ist nicht erforderlich, daß das Verbrechen gänzlich ausgeführt und in allen seinen Wirkungen vollendet sey. Auch schon das Unternehmen kann gestraft werden, wenn das böse Vorhaben des Verbrechens durch eine äußerliche zur wirklichen Vollbringung führende Handlung unverkennbar an den Tag gelegt ist. — Fast ebenso Kanton St. Gallisches Strafgesetzb. über Verbrechen v. 1819. Th. I. Art. 18. —

2) Preuß. Landr. Th. II. Tit. XX. §. 39 ff.

3) I. Art. 57. Versuch eines Verbrechens ist vorhanden, wenn eine Person in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, äußerliche Handlungen vorgenommen hat, welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet sind. Der Entwurf v. 1822. Art. 46. weicht nur darin ab, daß er Anfang der Ausführung verlangt.

4) Art. 45. Übereinstimmend mit dem baierschen Strafgesetzbuch. Die Definition des vollendeten Verbrechens s. Art. 43. 44. Im Baier. Strafgsb. früher Art. 37. Ebenso im Entw. für Baiern von 1822. Art. 45. „Ein Verbrechen oder Vergehen ist für vollendet zu achten, sobald in einer That alle gesetzlichen Merkmale desselben sich vereinigt finden." Übergegangen in den Hannov. Entwurf Art. 35. 36. revid. Entw. Art. 32. S. über diesen Begriff der Vollendung Oben §. 18.

5) Art. 38. revid. Entw. Art. 33.

6) Art. 44. L'attentato è un atto esterno tendente all' esecuzione di un determinato delitto.

codex der Cortes von 1822 [1]), und dem Norwegischen Strafgesetzentwurf [2]). Nur mangelhafte Unterscheidungen zwischen Versuch und Vollendung liefern das Kanton St. Gallische Strafgesetzbuch über Verbrechen von 1819, worin der Gesetzgeber wie ein Professor auf dem Katheder docirt [3]), der Entwurf eines Criminal-Codex für das Russische Reich [4]) und der in barbarischem Latein abgefaßte Strafgesetzentwurf für Ungarn [5]).

1) Titul. praelim. Cap. I. §. 5. Versuch ist hiernach die Offenbarung des Entschlusses ein Verbrechen zu begehen durch eine äußere Handlung, durch welche die Ausführung vorbereitet oder begonnen wird. S. Hudtwalker und Trummer criminal. Beiträge. Hamburg 1824. Bd. I. Hft. 1. — Diese Definition fehlt nur darin, daß sie blos das Beginnen der Ausführung umfaßt, nicht auch die weitern Stufen der verbrecherischen Thätigkeit bis zur Vollendung.

2) S. oben S. 27. Note 1.

3) Grundlinien des Strafrechts im Allgemeinen. Art. 50. Eine auf eine Verletzung gerichtete Handlung, heißt es hier, habe entweder Erfolg oder nicht. Im ersten Falle heiße sie consummirt, im zweiten versucht. — Inwiefern hier gefehlt sey, ist oben aus §. 9. 10. zu ersehen.

4) Aus dem Russischen übersetzt von L. A. v. Jacob. Halle 1818. Th. 1. §. 11. „Die Verbrechen sind entweder vollendet oder unvollendet. §. 12. Vollendet ist das Verbrechen, wenn die gesetzwidrige That wirklich ausgeführt und vollbracht ist. §. 13. Unvollendet, wenn die gesetzwidrige That blos versucht oder zwar angefangen aber nicht vollendet ist." — Daß diese Definitionen so gut wie keine sind, bedarf keiner Ausführung.

5) Codex de delictis eorumque poenis pro tribunalibus Regni Hungariae partiumque eidem annexarum per regnicolarem juridicam deputationem elaboratus. Pestini 1808. fol. — Praecepta generalia. Princ. V. „Distinctio etiam inter delicta consummata et non consummata fieri debet; in iis quae non consummata sunt, eo gravior poena dictabitur, quo proprior conatus ad consummationem fuerit. Sic merus conatus (?) mitiori poena quam delictum attentatum aut inchoatum coërcebitur. Conatus in indagatione (?); attentatum in praeparatione, inchoatum in mediorum applicatione constituitur."

Zweites Kapitel.

Erfordernisse des Versuchs überhaupt.

§. 22.

Suchen wir nun aus dem Begriff des Versuchs die einzelnen Erfordernisse desselben abzuleiten und einer nähern Betrachtung zu unterwerfen!

Wie haben hierbei nur die besondern Erfordernisse des Versuchs im Auge; daß daneben auch die Bedingungen der absoluten Strafbarkeit überhaupt, also z. B. äußere Erkennbarkeit der Handlung, vorliegen müssen, versteht sich von selbst; es gehört dies aber zu den Voraussetzungen für die bürgerliche Strafbarkeit, welche dem Versuch nicht eigenthümlich sind, und von der bürgerlichen Strafbarkeit des Versuchs wird erst später die Rede seyn.

§. 23.

Zufolge des Begriffs fordern wir zum Versuch A. eine absichtliche oder vorsätzliche auf Begehung des Verbrechens gerichtete Handlung. Damit ist zugleich behauptet,

daß es keinen culposen Versuch der Verbrechen gebe,

oder daß der Unterschied zwischen versuchten und beendigten Verbrechen nur auf vorsätzliche, nicht aber auf fahrlässige Delicte bezogen werden könne. Die Frage, ob es einen culposen Versuch gebe, ist schon mehrfach Gegenstand gelehrter Erörterungen gewesen, und auch diejenigen, welche sie nicht besonders behandeln, scheinen doch

durch die Art und Weise ihres Ausdrucks stillschweigend vorauszusetzen, daß es nur einen vorsätzlichen Versuch gebe. Schon Sam. Fr. v. Böhmer[1]) bemerkt, daß der Begriff des Versuchs offenbar Wissenschaft und Vorsatz involvire; und Kleinschrod[2]) sagt: „Nur bei dolosen Verbrechen läßt sich ein Versuch denken. Denn dieser setzt voraus, daß man Vorbereitungen zu einem Verbrechen mache, oder dieß zu begehen anfange; wenn man sich aber zu etwas vorbereitet oder etwas anfängt, so muß man doch wissen, wozu dieß geschieht." Nach ihm suchte Mittermaier[3]) aus dem Begriffe und Wesen des Versuchs selbst die Rechtfertigung zu liefern, daß es keinen culposen Versuch gebe. „Denn derjenige, von welchem wir sagen, daß er etwas versucht habe, muß irgend einen Zweck gehabt, irgend etwas beabsichtigt haben, worauf seine Unternehmung sich bezog —; dagegen sprechen wir nie von einem Versuche, wenn jemand eine Handlung vornahm, welche zwar mit einem gewissen Erfolge durch Zufall im Zusammenhange stand, die aber der Handelnde vornahm, ohne an den Erfolg zu denken." Hiermit stimmen auch viele andere Schriftsteller überein[4]).

1) Meditat. ad C. C. C. Art. 178. §. 2.

2) Systemat. Entwick. I. §. 36.

3) N. Archiv Bd. I. S. 165. 181 ff. Später bemerkt Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 542. gegen Hepp, von dessen entgegenstehender Ansicht noch ausführlicher die Rede seyn wird: „Zum Begriff des Versuchs eines Verbrechens gehört doch eine Richtung des Willens auf etwas Hervorzubringendes; wo jemand nun eine Handlung, ohne diese Richtung vornimmt, kann man doch keine Beziehung derselben auf einen möglichen Erfolg annehmen." Ähnlich schon Böhmer a. a. O.

4) Henke, Hdb. der Strafrechtsw. Th. 1. S. 254. „Mit dem Begriff der Fahrlässigkeit ist aber der des Versuchs unvereinbar." — Lelièvre de conat. delinq. p. 13. „Ex conatus defi-

§. 24.

Allein nicht blos aus dem Begriffe des Versuchs selbst hat man schon früher die Unmöglichkeit eines culposen Versuchs abgeleitet, sondern daneben oder ausschließlich, aus der Straflosigkeit der culpa, welche ohne rechtswidrigen Erfolg geblieben ist, wodurch also nicht sowohl die Möglichkeit eines culposen Versuchs, als vielmehr nur die Strafbarkeit desselben geleugnet wird. „Die Existenz der gesetzwidrigen Wirkung, sagt z. B. Konopack [1]), ist unnachlässige Bedingung der Strafbarkeit jeder Culpa auch nach unsern positiven Gesetzen [2]). Dieselbe Culpa kann die Ursache sehr verschiedener gesetzwidriger Wirkungen werden: das unvorsichtige Abfeuern eines Gewehrs kann eben so leicht einen Brand, als den Tod eines Menschen, oder die Verwundung, Verstümmelung desselben zur Folge haben [3]). Wie soll nun, wenn keine gesetzwidrige Wirkung entstanden ist, die culpose Handlung gestraft werden? Als ein (versuchter) culposer Todtschlag? als ein (versuchter) culposer Brand? u. s. w. Denn daß auf diese Wirkungen Rücksicht genommen werden müsse, da nur durch das Verbot derselben zugleich implicite diejenigen Handlungen verboten oder geboten worden sind, aus deren Begehung oder Unterlassung jene Wirkungen, ohne oder wider die Absicht

nitione — sequitur, conatum necessario includere dolum sive intentionem delictum committendi, nec cogitari posse conatum culposum." — Bauer, Lehrb. 2te Ausg. §. 67. Note a.

1) Im ältern Archiv IV. St. 3. S. 39.

2) L. 1. §. 3. L. 4. §. 1. L. 3. §. 2. in fin. L. 7. D. ad Leg. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) L. 36. §. 1. D. de rei vind. (VI. 1.) L. 3. §. 1. 4. D. de off. praef. vigil. (I. 15.) L. 9. 11. D. de incend. (XLVII. 9.) L. 28. §. 11. D. de poen. (XLVIII. 19.) P. G. O. Art. 146.

3) S. auch schon Böhmer Medit. l. c.

des Handelnden, entſtehen können, verſteht ſich wohl von ſelbſt" [1]).

§. 25.

Dagegen hat Hepp [2]) die Möglichkeit einer von ihm ſ. g. culpa adtentata zu vertheidigen und auszuführen geſucht, daß ſich weder aus dem Begriffe des Verſuchs, noch aus dem Weſen der culpa der Beweis des Gegentheils führen laſſe, wenngleich er zugiebt, daß unſere Geſetze nichts von einem unternommenen culpoſen Verbrechen wiſſen und auch die criminelle Strafbarkeit einer Culpa, welche ohne Erfolg geblieben iſt, aus criminalpolitiſchen Gründen von ihm gemißbilligt wird. Er glaubt, daß Kleinſchrod's Argumentation nur eine petitio principii enthalte und daß auch Mittermaier's Beweis aus dem Begriff des Verſuchs aus dem Grunde nicht haltbar ſey, weil der Verſuch, mit dem wir es in der Strafrechtswiſſenſchaft zu thun haben, ein ganz anderer Begriff, als der des gemeinen Lebens ſey, welcher nur durch den Gegenſatz des vollendeten Verbrechens characteriſirt werde, daß auch der culpa eine Beſtimmung des Begehrungsvermögens zu Grunde liege und das culpoſe Verbrechen auch kein vollendetes ſeyn könne, wenn man nicht die Möglichkeit eines Anfangs oder Verſuchs zugebe. — Den von Konopack gegen die Möglichkeit der Beſtrafung eines culpoſen Verſuchs angeführten Grund erkennt Hepp im

1) Dieſe Weiſe der Rechtfertigung wählt auch Schröter im Hdb. des peinl. Rechts §. 90. Martin Lehrb. des Criminalrechts 2te Ausg. §. 49. vergl. mit §. 35. No. II. V. und Deſſen Rechtsgutachten des Heidelb. Spruchcoll. I. S. 34 f. Wie es ſcheint, auch Wächter Strafr. I. S. 136. — Zu Hülfe nehmen ſie neben der Deduction aus dem Begriff des Verſuchs Mittermaier im N. Archiv IV. S. 182. X. S. 542. Henke Hdb. I. S. 254. Vergl. auch Örſtedt Grundregeln S. 250 f.

2) Verſuche über einz. Lehren der Strafrechtsw. S. 259 — 265.

Allgemeinen zwar als befriedigender an, bemerkt indessen dagegen, daß es doch Fälle gebe, wo die gesetzwidrige Wirkung der culpa, nach der Natur der Sache, und den besondern Umständen gemäß, immer nur *eine* seyn könne, wo also das sonst weite Gebiet der Möglichkeit auf einen gewissen *ausschließlichen Erfolg* beschränkt sey.

§. 26.

Indessen glauben wir uns doch gegen die *Möglichkeit* eines culposen Versuchs überhaupt und nicht blos gegen die Zulässigkeit einer *Bestrafung* nach positivem Rechte erklären zu müssen. Denn was I. die letztere betrifft, so ist schon erwähnt, daß die Stellen des gemeinen Rechts, welche von einer Bestrafung der Fahrlässigkeit sprechen, immer den wirklichen Eintritt des gesetzwidrigen Erfolgs supponiren (vgl. S. 36. Note 2.) Hierzu kömmt, daß die peinliche Gerichtsordnung im 178sten Artikel ausdrücklich *bösen Willen* [1]) zur Strafbarkeit des Versuchs verlangt. II. Berücksichtigen wir aber den allgemeinen Begriff des Versuchs, so ist es doch ganz unleugbar, daß schon der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens sich unter Versuch immer eine absichtliche Handlung denkt und daß Niemandem einfällt, wenn er hört, es habe Jemand Dieß oder Jenes *versucht*, dabei auch an eine unabsichtliche Handlung zu denken. Die Wissenschaft soll aber nie ohne Noth von den Begriffen des gemeinen Lebens Abweichendes in sich aufnehmen, sondern dieselben nur ihrem Bedürfnisse gemäß auf ihren besondern Gegenstand zur Anwendung bringen. Warum aber hier der Begriff des Versuchs in der Strafrechtswissenschaft ein ganz anderer seyn soll, als der des

1) „solcher *böser will*, darauß etlich werck, als obsteht, volgen ist peinlich zu strafen —". Auch die vorhergehenden Worte „wider seinen Willen" deuten darauf hin.

gemeinen Lebens, ist durchaus nicht abzusehen. Denn wenn er auch durch den Gegensatz des vollendeten Verbrechens characterisirt wird, so folgt daraus noch nicht, daß dieser Gegensatz auch nothwendig bei allen Verbrechen vorkommen müsse, und wenn Hepp sagt, daß das vollendete culpose Verbrechen gar nicht denkbar wäre, wenn es nicht auch ein angefangenes oder versuchtes Verbrechen gäbe [1]), so gebraucht er dabei Anfang und Versuch als gleichbedeutende Worte, was sie in der That nicht sind, indem man wohl etwas anfangen kann, ohne es zu versuchen. Will man bei einem culposen Verbrechen von Vollendung sprechen, so muß es allerdings auch angefangen werden, allein man kann diesen Anfang nicht Versuch nennen, weil dies dem Begriffe des Versuchs widerspricht. Sollen daher Versuch und Vollendung strenge Gegensätze bilden, so wird man vielmehr sagen müssen, bei culposen Vergehen kann auch von keiner Vollendung die Rede seyn, sondern nur von der vollkommenen Existenz des Thatbestandes desselben. Thatbestand und Vollendung sind aber, wie schon früher gezeigt wurde, nicht gleichbedeutend.

§. 27.

Geben wir ferner auch zu, daß Dolus und Culpa eine gemeinschaftliche Grundlage haben, indem sie sich beide auf einen Fehler des Willens zurückführen lassen, so ist doch der Fehler des Willens bei der Culpa ein anderer als beim Dolus, und man kann nicht sagen, daß wegen der gemeinschaftlichen Grundlage beider auch ein culposer Versuch denkbar sey. Mit demselben Recht würde man auch fol-

1) S. jedoch eine andere Äußerung von Hepp ebendas. S. 264., wo er von den Polizeiübertretungen sagt: „Daher ist jede Polizeiübertretung eine in sich vollendete strafbare Handlung, mithin auch nur als consummirt denkbar." Also bei diesen Vergehen läßt sich eine Vollendung ohne Anfang denken?! —

gern, daß Dolus und Culpa überhaupt gleich seyen. Auch dieser Grund beweist mithin nichts, weil er offenbar zu viel beweist. Wenn wir von einem culposen Verbrechen sprechen, so denken wir immer dabei an einen rechtswidrigen Erfolg, welcher bei gehöriger Aufmerksamkeit und bei pflichtmäßiger Einrichtung des Betragens hätte vermieden werden können. Der Eintritt dieses Erfolgs, welcher vom Handelnden nicht beabsichtigt wurde, streift mehr oder weniger in das Gebiet des Zufalls hinüber und wird jenem nur deshalb als Schuld zugerechnet, weil er es an einem guten Entschluß hat fehlen lassen, um diesen Zufall zu vermeiden. Mag aber die culpose Handlung beschaffen seyn, wie sie will, mag sie von dem Bewußtseyn der Gefährlichkeit der Handlung begleitet gewesen seyn oder nicht, mag sie der Natur der Sache oder den besondern Umständen nach, nur einen oder mehrere Erfolge herbeizuführen im Stande seyn, so ist immer der Erfolg selbst vom Handelnden nicht beabsichtigt, nicht gewollt, der Wille desselben nicht positiv auf Herbeiführung desselben als Zweck der Handlung gerichtet gewesen, und man kann daher, wenn sie wirklich keinen oder wenigstens nicht den zum Thatbestand des Verbrechens gehörigen Erfolg gehabt hat, nicht sagen, daß derselbe culposer Weise vom Handelnden versucht worden sey. Übrigens erscheint auch der von Hepp gewählte Ausdruck culpa adtentata unpassend, wenn man nicht unter culpa den rechtswidrigen Erfolg selbst versteht. Denn sowie die dolose Handlung vollkommen existiren kann, ohne daß jedoch der zum Begriff des Verbrechens gehörige rechtswidrige Erfolg eingetreten ist, und dann Niemand von einem dolus adtentatus spricht, so kann auch die culpose Handlung vollständig existiren, welche einen rechtswidrigen Erfolg hätte haben können, und man könnte daher nicht von einer culpa adtentata, sondern nur von dem fahrlässigen Versuche eines culposen Verbrechens sprechen.

§. 28.

Hierzu kömmt noch folgende Erwägung. Hepp behauptet, obgleich er einen culpoſen Verſuch für möglich hält, daß die Geſetzgebung denſelben doch nie criminell beſtrafen könne, daß vielmehr dergleichen culpoſe ohne Erfolg gebliebene Handlungen nur inſofern ſtrafbar ſeyen, als ſie der Geſetzgeber durch ein beſtimmtes Polizei-Geſetz als ſelbſtändige Vergehen mit Strafe bedroht habe, und tadelt deshalb den Strafgeſetz-Entwurf von H. v. Eggers, welcher von ſtrafbaren, aus Fahrläſſigkeit angefangenen, aber nicht vollendeten Verbrechen ſpricht. Wir ſehen aber in der That nicht ein, wie dieſer Tadel gerechtfertigt werden ſoll, wenn es wirklich einen culpoſen Verſuch giebt. Denn wenn wir nicht anſtehen, culpoſe Rechtsverletzungen auch für criminell ſtrafbar zu halten, und die Culpa mit manchen Criminaliſten nicht ganz in das Gebiet der Polizei verweiſen; — wenn wir ferner auch den Verſuch der Verbrechen für allgemein ſtrafbar halten, ſo kann auch ein culpoſer Verſuch, wenn es einen ſolchen gäbe, für criminell ſtrafbar erklärt werden. Daß die Fahrläſſigkeit nur wegen ihrer wirklichen Folgen criminell ſtrafbar ſey, wird zwar dadurch zu rechtfertigen geſucht, daß die Strafgewalt des Staats es nur mit wirklich verübten Rechtsverletzungen zu thun habe, allein hieraus würde auch folgen, daß der doloſe Verſuch eines Verbrechens nicht der Straf- ſondern der Polizeigewalt anheimfalle, indem ja derſelbe ebenfalls nur die wenngleich ſtärkere Möglichkeit des ſchädlichen Erfolgs begründet. Denken wir uns nun eine Geſetzgebung, welche den Verſuch der Verbrechen überhaupt für ſtrafbar erklärt, ohne, wie die peinliche Gerichtsordnung und neuere Geſetzgebungen [1]), die böſe Abſicht ausdrücklich zum

1) Die Geſetzgebung Leopolds des Weiſen für Toscana von 1786 enthält zwar keine allgemeine Beſtimmung über den Verſuch,

Begriff desselben zu fordern, so muß der Richter, wenn es wirklich einen culposen Versuch gäbe, wenigstens in den Fällen, wo mit der culposen Handlung den Umständen nach nur ein Erfolg möglicher Weise verbunden seyn konnte, auch jenen criminell bestrafen [1]). Die Hepp'sche Ansicht von der Möglichkeit eines culposen Versuchs führt also zu einem Resultate, welches durchaus nicht als richtig anerkannt werden kann.

§. 29.

Eine andere nicht unwichtige, bei dem Erforderniß der bösen Absicht noch zu erörternde Frage ist die, ob stets ein bestimmter Vorsatz zum Versuch erforderlich sey, oder ob auch ein unbestimmter (dolus indeterminatus) genüge [2]). Daß nun ein verbrecherischer Versuch mit

fordert aber überall wo sie ihn mit Strafe bedroht böse Absicht. z. B. Art. 72. „e costando che il feritore avesse l'animo di uccidere. — Im Code pénal Art. 2. weisen wenigstens die Worte: indépendantes de la volonté de l'auteur auf das Erforderniß der bösen Absicht hin, wenn es auch nicht aus der Natur der crimes, bei welchen allein der Versuch für strafbar erklärt ist, folgte. — Das Östreich. Gesetzb. v. 1803. I. §. 7. verlangt einen „Bösgesinnten". Das Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 39 ff. redet auch nur bei vorsätzlichen Verbrechen von Bestrafung des Versuchs. — Das Baier. Strafgesetzbuch I. Art. 57. fordert ausdrücklich die Absicht ein Verbrechen zu begehen. Ebenso das Criminal-Gesetzb. für den Kanton Basel von 1821. §. 14. für St. Gallen I. Art. 18. — Hannov. Entw. Art. 38. revid. Entwurf Art. 33. — Entwurf für Norwegen Kap. 3. §. 1. —

1) Es hätte daher in dem von Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 542. erzählten Falle, wo bei einer Arretirung die Flinte des Försters aus Unvorsichtigkeit losging und der Schuß dicht neben dem Gesichte eines Andern vorbeifuhr, den Umständen nach wohl ein culposer Versuch bestraft werden müssen.

2) Die Schriften über den unbestimmten Dolus, die hier nicht an-

einem unbeſtimmten Vorſatz denkbar ſey, mag derſelbe in der Geſtalt eines alternativen oder eventuellen Dolus vorkommen, läßt ſich gewiß nicht bezweifeln. Denn wenn es überhaupt möglich iſt, daß der verbrecheriſche Wille bei der That verſchiedene Zwecke umfaſſen könne, ſo werden wir immer jeden der verſchiedenen möglichen Erfolge der Handlung als bezweckt oder verſucht betrachten können, wenn gleich weder der eine noch der andere wirklich eingetreten iſt. Daß man eine ausſchließliche Richtung des Willens zum Verſuche fordern müſſe, kann durchaus nicht behauptet werden, und wenn man keinen Anſtand nimmt dann, wenn z. B. Jemand mit unbeſtimmtem Vorſatz getödtet hat, ihm den eingetretenen Tod zum Dolus zuzurechnen, weil er ihn ebenfalls gewollt hat, ſo wird man auch, wenn der Tod nicht eintrat, nicht ſagen können, daß er den Tod nicht gewollt habe, weil er ihn gewiſſermaßen nur bedingungsweiſe wollte [1]). Bei dem

geführt zu werden brauchen, berückſichtigen immer blos den Fall, wenn der ſchlimmere von den mehrern vorausgeſehenen und gewollten Erfolgen eingetreten iſt, ſagen aber nichts darüber, wie es werden ſoll, wenn die geringere oder gar keine Verletzung erfolgte; auch Weber nicht im N. Arch. VII. S. 546 ff.

1) Auf dieſe Weiſe ſucht Lelièvre de conat. delinq. p. 200-202. mit Rückſicht auf den Art. 2. des Code pénal die Meinung zu rechtfertigen, daß zum Verſuch beſtimmte Abſicht gehöre. „Verbo enim conatus, ſagt er, ut ipso verbo tentative actus indicatur quo tenditur ad effectum producendum, sive directa ad certum et determinatum effectum intentio significatur. (Dies iſt doch wohl etwas zu viel behauptet!) Ille igitur delinquens eventu non secuto alterius mortem in eventum voluisse, neque vero facto suo spectasse dici potest, sive is qui non determinate voluit alterius caedem, sed ita tantum, si scilicet illa caedes esset eventus sui facti, si homicidium non evenit ex facto, illud etiam non voluisse dici potest. Non secuta morte videtur defecisse conditio, sub qua ille mortem voluit; qui enim dicit, volo te verberare, utrum

s. g. alternativen Dolus will der Handelnde den einen Erfolg so gut wie den andern, seine Absicht umfaßt beide und die Handlung ist auf die Hervorbringung des einen oder des andern gerichtet, wobei es ihm ganz gleichgültig ist, ob der eine oder der andere wirklich eintrete. Er trifft auch solche Vorbereitungen und wählt solche Mittel, die zur Erreichung des einen oder des andern Erfolges dienlich sind, und unterscheidet sich dadurch nur von dem mit bestimmtem Vorsatz Handelnden, daß er es mehr dem Zufall überläßt, welcher von den mehrern möglichen Erfolgen eintreten werde. Soll man von einem solchen Menschen, der z. B. in der Absicht sein Rachegefühl durch Vernichtung oder Beschädigung des Gegners zu befriedigen auf letztern schießt — aber fehlt, nicht sagen können, er habe die Tödtung desselben versucht? Hat er nicht den Tod ebenfalls bezweckt, und können wir wohl sagen, er habe den Tod nicht gewollt und es dürfe deshalb auch von keinem Versuch gesprochen werden? Ist es kein Versuch der Tödtung, so ist es auch kein Versuch der Verwundung, denn auch die letztere hat er nur gewollt für den Fall, daß sie eintrete. Wollen wir hier behaupten, daß von keinem Versuche die Rede seyn könne, so setzen wir einen solchen Verbrecher mit demjenigen, welchem nur unvorsichtiger Weise das Gewehr losgegangen ist, auf gleiche Stufe und dürfen ihn demnach gar nicht bestrafen [1]).

exinde secutura sit mors tua nec ne, mihi perinde est, secuta morte eam voluisse, non secuta eam non voluisse intelligendus est. Dieß heißt doch wohl die Spitzfindigkeit etwas zu weit treiben. Mit demselben Rechte könnte man vielleicht auch sagen: Wer in tödtlicher Absicht aus der Ferne auf einen Andern schießt, willigt für den Fall in dessen Tod ein, daß er ihn treffen sollte. Trifft er ihn also nicht, so muß man annehmen, daß er den Tod nicht gewollt habe! —

1) Daß Feuerbach einen Versuch mit unbestimmter Absicht annimmt, geht z. B. aus §. 391 des Lehrb. hervor, wo er vom

§. 30.

Daß ein unbestimmter Dolus auch mit einer gewissen Prämeditation verbunden seyn, daß wenigstens zwischen der Fassung des Entschlusses und der wirklichen Ausführung längere Zeit verstreichen könne, z. B. noch während der Auflauerung, läßt sich gewiß nicht verkennen. Meistens finden wir aber einen unbestimmten Vorsatz mit Handlungen verbunden, welche im Zustande des Affectes, in der Hitze der Leidenschaft oder während einer aus der Erschütterung des Nervensystems hervorgegangenen höchst reizbaren Stimmung beschlossen und ausgeführt wurden. Insbesondere finden wir häufig, daß der s. g. Todtschläger nicht gerade die bestimmte tödtliche Absicht hatte, sondern daß er das Verbrechen in einer Gemüthslage vollzog, wo es ihm gleichgültig war, welcher Erfolg, ob ein tödtlicher oder nicht tödtlicher, aus seiner Handlung entspringe. Daß nun beim Todtschlag von keinem Versuch die Rede seyn könne, ist allerdings schon behauptet worden, wenn gleich man die hier aufgeworfene allgemeinere Frage über die Möglichkeit eines Versuchs mit unbestimmtem Vorsatz meistens übergangen hat. So sagt Mittermaier[1]), der Todtschlag sey nur Folge einer raschen Aufwallung, ohne bestimmte klare Absicht vorgenommen und nur durch die wirkliche Ausführung strafbar. Daß indeß aus dem Zustande des Affects, in welchem der Todtschläger handelt, kein Grund für die Unmöglichkeit eines Versuchs entnommen

Verbrechen der Aussetzung sagt: „wogegen wenn eine bestimmte oder unbestimmte tödtliche Absicht zu Grunde lag, die That in versuchten Mord oder versuchte Kindestödtung übergeht.“

1) Im N. Archiv Bd. IV. S. 18. Nach Mittermaier soll auch bei der Kinderaussetzung, bei Excessen, bei der Unterschlagung, Verbalinjurien und Majestätsbeleidigung von keinem Versuche gesprochen werden können. Davon wird noch an einer andern Stelle die Rede seyn.

werden könne, suchte schon Hepp[1]) zu zeigen, und in der That ist nicht einzusehen, wie hierdurch die Denkbarkeit eines Versuchs ausgeschlossen werden könne. Uns scheint es aber, daß Mittermaier die Richtigkeit seiner Ansicht, welche auch von Andern gebilligt worden ist[2]), hauptsächlich auf die Unbestimmtheit der Absicht gründet, welche überdieß nicht nothwendig mit Affect verbunden zu seyn braucht, und daß er unter Todtschlag die im Affect ohne animus occidendi verübte Tödtung versteht[3]). Allein die gemeinrechtliche Theorie und neuere Gesetze[4]) verstehen ja

1) Versuche über einz. Lehren der Strafrechtsw. S. 291 ff. S. 298.

2) Pratobevera Materialien zur Gesetzkunde Th. VI. S. 358. Vergl. auch Jarcke Hdb. des Strafrechts III. S. 347. und Egger über Mord und Todtschlag. Landshut 1816. §. 18. Rossi Traité de droit pénal. Paris et Genève Vol. II. p. 334.

3) Vgl. Mittermaier im N. Arch. Bd. X. S. 542. Mittermaier scheint hier das Östreich. Gesetzbuch I. §. 123. vor Augen zu haben, welches den Entschluß zu tödten vom Begriffe des Todtschlags ausschließt und blos feindselige Absicht supponirt. Aus diesem Grunde sagt auch Jenull Östreich. Criminalr. Th. II. S. 237. Note a. „Es kann daher wohl ein versuchter Mord aber kein versuchter Todtschlag gedacht werden.“ Dadurch daß er aber vom Todtschlag den Mord mit dolus indirectus unterscheidet, scheint er doch die Möglichkeit eines Versuchs mit unbestimmter Absicht anzuerkennen.

4) Vergl. Bauer, Lehrbuch des Strafrechts 2te Ausg. §. 166. So das Baierische Gesetzbuch und der Hannov. Entwurf. Auch in dem Vorschlag zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen ist dieser Begriff des Todtschlags anerkannt. S. Kap. 14. §. 5. „Wer in Raufhändeln oder bei andern Gelegenheiten ohne Überlegung, in der Absicht zu tödten, Jemanden des Lebens beraubt u. s. w.“ Daß die P. G. O. mit dem Ausdruck Todtschlag auch culpose und ganz straflose Tödtungen bezeichnet, ist wohl richtig. Vgl. Wächter Strafr. II. S. 131. Allein derjenige Fall, wofür sie im Art. 137. im Gegensatz von Mord die Strafe des Schwertes bestimmt, ist doch der richtigen Meinung

gerade unter Todtschlag stets eine absichtliche Tödtung und von den Fällen, wo der Tod wirklich nicht als gewollt betrachtet werden kann, mag es auch eine s. g. culpa dolo determinata seyn, kann hier nicht die Rede seyn. Die Absicht des Todtschlägers kann eben so gut eine bestimmte als eine unbestimmte seyn [1]). War aber die Absicht eine bestimmte, so wird man gar nicht an der Möglichkeit eines Versuchs des Todtschlags zweifeln können, wenn es an dem zum Begriff des Verbrechens nothwendigen tödtlichen Erfolge im einzelnen Falle fehlt. Man denke sich nur den Fall, daß eine Mutter erst nach der Geburt in dem damit verbundenen affectvollen Zustande den Entschluß zur Tödtung

zufolge „absichtliche Tödtung im Affect", wie die Vergleichung mit dem Entwurf von 1529 ergiebt.

1) Bauer a. a. O. „Es wird dabei — entweder bestimmt oder unbestimmt auf Tödtung gerichtete Absicht — vorausgesetzt." Die ältern Criminalisten sprechen von directem und indirectem Vorsatze, z. B. Koch institut. jur. crim. §. 455. „Et omnia homicidia dolosa ex impetu et calore iracundiae patrata gladio punienda sunt, sive interficiens animum occidendi directum aut indirectum habuerit. — Der revid. Entwurf für Hannover von 1831. gründet hierauf einen Unterschied in der Strafe, indem er im Art. 229. für den Fall, daß der Vorsatz des Thäters bestimmt und geradezu auf Tödtung gerichtet war, die Todesstrafe beibehält. Dies ist gewiß nicht zu billigen. Denn wenn auch der bestimmte Vorsatz die Strafbarkeit erhöhen mag, so ist es doch gerade der Zustand des Affectes, welcher die Todesstrafe ausschließen muß. Vgl. Bauer, Vergleich. des ursprüngl. Entw. Göttingen 1831. Nur kann ich nicht darin mit Letzterem übereinstimmen, wenn er S. 129. 130. behauptet, daß bestimmter Vorsatz nothwendig mit Überlegung verbunden seyn müsse und daß der ursprüngliche Entwurf im Art. 231. den bestimmten Vorsatz ausschließe. Theils widerspricht dies den im Lehrb. des Strafrechts ausgesprochenen Grundsätzen, theils würde dann der revid. Entwurf gar nicht strenger als der von 1825 seyn, indem danach jede mit bestimmtem Vorsatz ausgeführte Tödtung unter den Begriff des Mordes fiele.

des Kindes faßt, auch eine lebensgefährliche Handlung vornimmt, das Kind aber gerettet wird. Von einem versuchten Morde kann hier nicht die Rede seyn, sondern nur von einem versuchten Kindestodtschlag, wenn man diesen Ausdruck gebrauchen will [1]). — War dagegen die Absicht eine unbestimmte, die aber, wie wir voraussetzen, den animus necandi mit umfaßte, so würde es doch offenbar den Grundsätzen der Gerechtigkeit widersprechen, wenn man diese unbestimmte tödtliche Absicht ganz ignoriren und entweder nur eine Körperverletzung oder vielleicht, ohne Concurrenz einer solchen, gar nicht strafen wollte [2]), weil man nicht wisse, was man strafen solle, ob bloßen Versuch der Körperverletzung oder der Tödtung. Dies hieße doch offenbar die Behauptung aufstellen: Wenn eine strafbare Handlung unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten aufgefaßt werden kann, unter einem strafbarern und einem minder strafbaren, so darf man sie gar nicht strafen! Wer wollte aber wohl diesen Satz vertheidigen? Regel ist es vielmehr [3]), daß die Handlung nach ihrer strafbarern Seite

1) Ein Fall dieser Art kam vor einigen Jahren bei hiesiger Facultät zur Entscheidung. Eine Mutter hatte ihr uneheliches Kind gleich nach der Geburt mit der Absicht, daß es umkommen solle, in einen Aschenhaufen verscharrt. Nach einigen Stunden wurde aber das Kind lebend und gesund wieder hervorgezogen.

2) So sagt Mittermaier im N. Arch. X. S. 543. „Die Handlung des Todtschlägers, welcher den Tod nicht zur Folge hatte, kann keine Versuchshandlung seyn, weil ja der im Affect Handelnde keinen animus occidendi hat (?); zuckt er das Messer nach dem Gegner und verwundet er ihn, so wird er nach den Gesetzen über Körperverletzung gestraft; tritt gar keine Verwundung ein, so mag die Handlung des Messerzuckens als polizeilich strafbar nach Landesgesetzen erscheinen, aber man könnte sie ebensogut als Versuch der Körperverletzung, als der Tödtung ansehen."

3) In den Constitutionen und Responsis über die Centfälle, gehören „gezogene Messer oder Waffen, damit einer den andern verwundet,

beurtheilt wird, und so werden wir auch in dem obigen Falle von einem Versuch der Tödtung mit unbestimmter Absicht reden müssen, da es gewiß ist, daß wir weder von einer bloßen Körperverletzung, noch bloß von einem Versuche der Körperverletzung sprechen können. Wenn Jemand in der Hitze der Leidenschaft ein Pistol auf einen Andern abfeuert oder ihn von einer Anhöhe herabstürzt, wobei es ihm gleichgültig ist, ob jener das Leben verliert oder nicht, der Gefährdete bleibt aber am Leben, sollen wir solche Handlungen nicht als Versuche des Todtschlags betrachten können?

§. 31.

Mehrere neuere Criminalisten erklären sich auch ausdrücklich für die Möglichkeit eines Versuches des Todtschlags [1]), und da wir überhaupt einen Versuch mit unbestimmtem Dolus für möglich halten, so wird auch bei andern Verbrechen, bei welchen wohl häufiger eine solche Willensbestimmung vorzukommen pflegt, insofern dies der Fall war, das Delict aber unvollendet blieb, der Versuch nicht ausgeschlossen werden können. Aus den Gesetzen läßt sich wenigstens kein Grund gegen diese Möglichkeit entlehnen. Denn wenn auch das gemeine Recht, in den Stellen, welche auf einen unbestimmten Vorsatz bezogen werden können [2]), nur den Fall berücksichtigt, wo der

gelähmt oder erwürget" zu den peinlichen Sachen: „Messerzucken, dadurch kein Mord geschieht oder Niemand beschädigt würde", dagegen vor die Nieder= oder Erbgerichte. Vgl. Schottelius de sing. quib. jur. S. 221 ff. Carpzov. Pract. rer. crim. Qu. 109. Nr. 32. 33. — Die Handlung ist hier blos ihrer äußern Erscheinung nach aufgefaßt.

1) Martin Lehrb. des Criminalrs. §. 124. Tittmann Hdb. der Strafrechtswiss. 2te Aufl. I. Bd. S. 317. Bauer Lehrb. §. 169. — Ausführlicher Hepp a. a. O.

2) L. 1. §. 3. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) L. 11. §. 2. D. de poenis (XLVIII. 19.)

Erfolg wirklich eingetreten ist [1]), so folgt doch daraus keineswegs, daß da, wo der Erfolg ausblieb, die denselben ebenfalls umfassende unbestimmte Absicht gar nicht beachtet werden solle. Ebensowenig wird durch die in neuern Gesetzen enthaltene Begriffsbestimmung des Versuchs [2]), (wenn sich nicht aus andern Gründen ergiebt, daß der Gesetzgeber dabei stets einen dolus determinatus voraussetze), die Möglichkeit eines Versuchs mit unbestimmtem Vorsatze ausgeschlossen, da dieselben Gesetze, welche zum Versuch die Absicht, das Verbrechen zu begehen, erfordern, zugleich den unbestimmten Dolus dem bestimmten meistens gleichstellen. Was insbesondere das französische Recht betrifft, so soll sich freilich die Praxis in Frankreich dafür entschieden haben, daß zur Bestrafung des Versuches, z. B. der Tödtung, bestimmte Absicht erforderlich sey [3]), und wenn wir die rigoristische Bestimmung des Code pénal über die Strafbarkeit des Versuchs beachten [4]), so ist am Ende diese Milde der Gerichtshöfe nicht zu mißbilligen. Nur dürfte

1) Vergl. jedoch L. 38. §. 5. D. de poen.

2) Vergl. Östreich. Gesetzb. v. 1803. I. Art. 7. Hier wird ein „Bösgesinnter" zur Strafbarkeit des Versuchs verlangt. Der böse Vorsatz wird aber im Art. 1. auch alsdann anerkannt: wenn aus einer bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden, woraus das Übel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann.

3) Lelièvre de conat. delinq. p. 202. „et quod saepius judicatum est in Gallia, homicidii voluntarii consummati causa puniri aliquem posse sine animo occidendi, contra propter conatum homicidii voluntarii puniri posse non nisi eum qui habuisse animum occidendi fuerit judicatus, fortasse rectius ex mente legislatoris ita exprimeretur, homicidii voluntarii consummationem etiam sine animo necandi determinato, homicidii voluntarii conatum vero non sine determinato animo occidendi cogitari (?) atque puniri posse.

4) Code pénal Art. 2.

der Beweis der Richtigkeit dieser Ansicht nicht aus dem Begriffe des Versuches geführt werden können [1]). Denn Art. 2. des Code pénal stellt überhaupt den Versuch, welcher einen Anfang der Ausführung enthält, dem Verbrechen gleich. Das Gesetz nennt dann, ohne zwischen Todtschlag und Mord zu unterscheiden, im Art. 295. jeden freiwillig begangenen Todtschlag eines Menschen Mord und jeden mit Vorsatz oder hinterlistiger Weise begangenen Mord, Meuchelmord. Nach Art. 297. besteht aber der Vorsatz in dem vor der That gefaßten Entschlusse, eine Person lebensgefährlich anzugreifen, sollte auch dieser Vorsatz von irgend einem Umstande oder irgend einer Bedingung abhängen. Hält man diese gesetzlichen Bestimmungen zusammen, so ist in der That schwer einzusehen, warum nach Französischen Gesetzen ein lebensgefährlicher Angriff mit unbestimmtem Vorsatze, welcher der bestimmten tödtlichen Absicht in der That ganz gleichgestellt wird, vorausgesetzt daß die übrigen Bedingungen für die Strafbarkeit des Versuchs vorhanden sind, gar nicht solle gestraft werden können, insofern nämlich die Handlung auch nicht unter die Bestimmungen über Körperverletzung (Art. 309 ff.) subsumirt werden kann.

§. 32.

Neben der absichtlichen, auf Begehung des Verbrechens gerichteten Handlung fordern wir zum Versuch überhaupt (vergl. §. 19.):

B. daß durch dieselbe noch nicht alles geschehen oder bewirkt worden sey, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffs gehört [2]).

1) Dies versucht Lelièvre a. a. O. Wir haben aber schon oben (§. 29 f.) die Ansicht, daß ein Versuch mit unbestimmter Absicht nicht denkbar sey, widerlegt.

2) Mittermaier im N. Arch. Bd. I. S. 165. 166. Vergleiche

Denn der Begriff der Vollendung schließt den des Versuchs aus. Gehört es aber vielleicht zum Wesen des Versuchs, daß die Handlung gar keinen Erfolg gehabt habe? Dies kann man nicht behaupten. Die Handlung kann Erfolg gehabt, z. B. der Versuch der Tödtung eine Verwundung bewirkt haben, und dennoch bleibt die Handlung Versuch. Diese Bemerkung, welche für die Lehre vom s. g. qualificirten Versuche von Bedeutung ist, mag hier genügen. Das Erforderniß einer äußern Handlung vorausgesetzt, — indem, so lange der verbrecherische Wille sich noch nicht in einem äußern Factum kund gethan hat, zwar von einem verbrecherischen Gedanken oder einem daraus reifenden Entschlusse, aber von keinem Versuche die Rede seyn kann [1]), — läßt sich hier wohl die Frage aufwerfen, ob es nicht verbrecherische Handlungen gebe, welche keinen Versuch zulassen, weil jede äußere Handlung, sie mag beschaffen seyn wie sie will, es mag viel oder wenig geschehen seyn, entweder schon vollständig dem gesetzlichen Begriffe entspricht, oder rechtlich gleichgültig ist, weil sie auf das Daseyn des Dolus nicht schließen läßt. Als dergleichen Verbrechen hat man wohl die Kinderaussetzung, die Unterschlagung, den Hochverrath, die Majestätsbeleidigung und Injurien betrachtet [2]) und auch die Frage aufgeworfen, ob bei allen Arten der Theilnahme an Verbrechen von einem Versuche, namentlich von einem Versuche der Beihülfe zu Verbrechen die Rede

Kleinschrod systemat. Entwickel. Th. I. §. 34. Lächerlich ist es daher, wenn es z. B. in dem Criminal-Codex für das Russische Reich — übersetzt v. L. A. v. Jacob. Halle 1818. Art. 341. heißt: Derjenige, welcher einen andern tödten wollte, sey eben so strafbar, als wenn er das Verbrechen vollendet hätte, wenn nur bewiesen werden könne, daß das Unternehmen die wahre Ursache des erfolgten Todes sey!

1) Ausführlicher darüber unten §. 99 ff.

2) Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 17 ff.

ſeyn könne. Auch könnte man vielleicht zweifeln, ob bei Unterlaſſungsverbrechen ein Verſuch möglich ſey.

§. 33.

Betrachten wir die Sache zuerſt im Allgemeinen, ſo läßt ſich leicht der Beweis führen, daß bei jedem doloſen Verbrechen Verſuch und Vollendung müſſe getrennt werden können und zwar ohne Unterſchied, ob daſſelbe im Zuſtande des Affects oder mit ruhiger Überlegung vollführt werde, inſofern nur zu dem geſetzlichen Begriffe deſſelben ein Fortſchreiten der verbrecheriſchen Thätigkeit bis zu einem gewiſſen Punkte, oder die Bewirkung eines beſtimmten Erfolgs erforderlich iſt. Denn mögen auch die äußern Handlungen noch ſo raſch auf einander folgen, mögen ſie, wenn das Verbrechen vollendet iſt, ſcheinbar in einen Moment zuſammenfallen, ſo iſt doch dies eben nur ſcheinbar, und abgeſehen davon, daß die Bewirkung des äußern, zum Begriffe des Verbrechens nothwendigen Erfolgs eigentlich nie allein vom Willen und der Thätigkeit des Verbrechers abhängig iſt, ſondern das Zuſammenwirken von Naturkräften erfordert [1]), iſt in der Regel zur Erreichung des verbrecheriſchen Zwecks die Ergreifung und Benutzung verſchiedener Mittel nothwendig, bei der ſich eine entweder aus einer conträren Willensbeſtimmung des Handelnden oder aus äußern Hinderniſſen hervorgehende Unterbrechung ſehr wohl denken läßt [2]). Und dies iſt bei dem in der Hitze der Leidenſchaft Handelnden ganz ebenſo, wie bei demjenigen, welcher mit ruhiger Überlegung zur Ausführung der That ſchreitet. Der Affect hat durchaus nur Einfluß auf die Zurechnung, und wenn auch der im Affect Handelnde meiſtens raſcher

1) v. Wening im N. Archiv Bd. II. S. 196. 197.

2) — mais comme entre ces tentatives et l'exécution il peut y avoir un intervalle de temps — wie es in der Inſtruction der Kaiſerin Catharine II. v. 1769. §. 201. heißt.

zum Ziele gelangt, weil er nur die Befriedigung seines Begehrens vor Augen hat und dabei alle äußern Rücksichten bei Seite setzt, die den ohne Affect Handelnden zur Zögerung veranlassen, so muß er doch die zur Bewirkung des Verbrechens nothwendig erforderlichen Handlungen ganz ebenso vornehmen, wie Letzterer [1]). Die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung ist also eine durchgreifende, auf alle dolosen Verbrechen anwendbare [2]). Eine Ausnahme hiervon tritt nur in den Fällen ein, wo mit einer äußern in strafrechtlicher Beziehung in Betracht kommenden Handlung, schon vollständig der Begriff der verbrecherischen Handlung vorliegt, während alles Vorausgegangene rechtlich gleichgültig ist. In solchen Fällen kann wenigstens der Jurist von gar keinem Versuche reden, mag es auch die Sprache des gemeinen Lebens dabei nicht genau nehmen. — Doch wenden wir uns jetzt zur nähern Betrachtung des Einzelnen.

§. 34.

A. Von dem Versuche mit Rücksicht auf die verschiedenen Arten der Theilnahme an Verbrechen [3]).

1. Hinsichtlich der Urheber.

Was die verschiedenen Arten der Theilnahme an Verbrechen überhaupt betrifft, so lassen sich bekanntlich Urheber, Gehülfen und Begünstiger unterscheiden. Urheber nennen wir denjenigen, in dessen Willen und Handlung die hinreichende Ursache der Existenz des versuchten oder vollendeten Delicts enthalten ist [4]). Dies kann Jemand auf doppelte Art werden.

1) Gut ausgeführt von Hepp in den Versuchen S. 297 — 301.

2) Anerkannt von Bauer Lehrb. §. 67. Note a.

3) Vergl. Mittermaier im N. Archiv Bd. I. S. 177 ff. — Hepp, Versuche S. 265 ff.

4) Kleinschrod systemat. Entw. Th. I. §. 177. — Feuerbach, Revision Th. II. S. 244 ff. Stübel, über den Thatbestand

Entweder er verübt die Handlung des Verbrechens selbst, dann heißt er unmittelbarer Urheber, physischer Urheber, Thäter, oder er ist die hinreichende Ursache, daß ein Anderer das Verbrechen ausführt. Im letztern Falle nennt man ihn einen mittelbaren Urheber, weil seine Handlung nicht die nächste Ursache der Existenz des Delictes ist. Dies ist wieder auf doppelte Weise möglich, nämlich a. dadurch, daß Jemand absichtlich durch einen hinreichenden psychischen Bestimmungsgrund die Begehung des Verbrechens durch einen Andern bewirkt, s. g. direct-mittelbarer, intellectueller Urheber, Anstifter, Urheber im engern Sinne; b. nach einer wohl unrichtigen Meinung auch dadurch, daß Jemand absichtlich etwas thut oder unterläßt, ohne welches Thun und Unterlassen für den Andern, zur That schon Entschlossenen, die Vollbringung des Verbrechens entweder überhaupt oder unter den dermaligen Umständen unmöglich gewesen seyn würde, s. g. indirect-mittelbarer Urheber, socius principalis, Hauptgehülfe [1]. — Daß nun auf alle diese verschiedenen Arten der Urheber der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung angewendet werden könne, unterliegt keinem Zweifel. Der Fall, wo Jemand unmittelbarer Urheber des Verbrechens ist, verdient kaum eine Erwähnung, auch sprechen wir unbedenklich von Miturhebern sowohl eines vollendeten als eines versuchten Verbrechens [2].

der Verbrechen, die Urheber derselben u. s. w. §. 19 ff. Mittermaier üb. Begriff, Arten und Strafbarkeit der Urheber im N. Arch. Bd. III. S. 125 ff. (handelt nur von den s. g. intellectuellen Urhebern). Wieviel über die hierher gehörigen Begriffe gestritten worden, ist bekannt. Vgl. Wächter Strafr. I. S. 147. — Henke Handb. Th. 1. S. 284 — 290.

1) Feuerbach, Revision Th. II. S. 261. — Böhmer, Meditat. ad C. C. C. Art. 177. §. 8. — Stübel, über den Thatbestand §. 37 — 39. S. jedoch Martin Lehrb. §. 82. Note 9.

2) Grolman Criminalrechtsw. §. 33. Not. c. — Martin Lehrb. §. 79. Not. 3. — Wächter Strafr. I. S. 150. Not. 81.

§. 35.

Was aber die s. g. mittelbaren Urheber betrifft, so läßt sich der Begriff von Versuch und Vollendung auf doppelte Weise auf sie zur Anwendung bringen[1], nämlich 1. in Beziehung auf die eigene verbrecherische Thätigkeit des mittelbaren Urhebers und 2. in Beziehung auf die Handlung des hinzutretenden unmittelbaren Urhebers oder Thäters; mit andern Worten: Es läßt sich Versuch und Vollendung der mittelbaren Autorschaft selbst und Versuch und Vollendung des Verbrechens durch mittelbare Autorschaft unterscheiden. Auch ist hierbei gleich darauf aufmerksam zu machen, daß nicht beides in gleicher Art mit einander zusammenzutreffen braucht, wie man wohl auf den ersten Blick glauben könnte, sondern, so wie Vollendung der Autorschaft mit bloßem Versuche des Verbrechens vereinbar ist, ebenso kann Versuch der Autorschaft neben der Vollendung des Verbrechens bestehen. Allerdings wird aber jeder Versuch der Autorschaft zugleich als Versuch des Verbrechens erscheinen. Betrachten wir nämlich die einzelnen denkbaren Fälle etwas näher, und zwar 1. den intellectuellen Urheber, so kann a. das Verbrechen von dem Thäter in Folge der psychischen Einwirkung vollbracht seyn, dann trifft die vollendete Autorschaft mit dem vollendeten Verbrechen zusammen. Wir sagen: in Folge der psychischen Einwirkung. Denn Causalnexus ist durchaus nothwendig. Es läßt sich nämlich b. denken, daß der intellectuelle Urheber den Thäter zur Begehung des Verbrechens bestimmt hat und dieser das Verbrechen auch verübt, es fehlt aber doch am Causalnexus, z. B. er wollte das Verbrechen erst später ausführen, geräth aber mit dem zu Ermordenden früher in Streit und erschlägt ihn in der Hitze des Zorns. Daß hier

1) Mittermaier im N. Archiv Bd. I. S. 177. 178.

dem intellectuellen Urheber in der That nur ein Versuch des Verbrechens zur Last falle, läßt sich wohl nicht verkennen. c. Hat der Anstifter von seiner Seite alles gethan und den Thäter wirklich zur Begehung des Verbrechens bestimmt, dieser steht aber freiwillig von der Ausführung ab [1]), wird wider seinen Willen daran verhindert, bewirkt nicht den beabsichtigten Erfolg, oder verübt nur ein geringeres Verbrechen, so concurrirt vollendete Anstiftung mit dem Versuche des (größern) Verbrechens, weil sich zur Vollendung des Verbrechens auch hinsichtlich des Anstifters alle gesetzlichen Bedingungen erfüllen müssen, hier aber noch nicht alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zum Daseyn des Verbrechens gehört. d. Endlich kann auch Versuch der Anstiftung [2]) mit Versuch des Verbrechens auf Seiten des Thäters zusammentreffen, wenn nämlich ohne vollendete psychische Einwirkung von Seiten des Anstifters jener zur Ausführung schreitet.

§. 36.

Ähnliche Unterscheidungen lassen sich 2. hinsichtlich des s. g. indirect=mittelbaren Urhebers machen. Auch

1) Daß das freiwillige Abstehen von der Ausführung von Seiten des Thäters die Strafbarkeit des Anstifters nicht tilgen könne, versteht sich wohl von selbst. — Umgekehrt kann aber auch wohl die Straflosigkeit des Versuchs auf Seiten des Anstifters, z. B. durch Revocation des gegebenen Auftrags, vorkommen.

2) Ob ein solcher Versuch der Anstiftung, z. B. durch Verführung, Erweckung verbrecherischer Gesinnungen, Beschenkung und dergl, bevor ein ausdrücklicher Auftrag u. s. w. erfolgt war, als Versuch des Verbrechens bestraft werden könne, ist eine andere, aus den Grundsätzen über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen zu beantwortende Frage. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 178. S. auch Hepp Versuche S. 268. 269., welcher glaubt, daß keine bestimmte Grade des Versuchs beim auctor intellectualis unterschieden werden könnten.

hier kann Versuch oder Vollendung der eigenen verbrecherischen Thätigkeit (welche immer wenigstens Versuch des Verbrechens ist) mit Versuch oder Vollendung des Verbrechens durch den unmittelbaren Urheber zusammentreffen. Die Strafe des vollendeten Verbrechens als Miturheber desselben kann ihn aber nur dann treffen, wenn er die eigne verbrecherische Thätigkeit, durch welche dem Andern die Begehung des Verbrechens möglich wurde, vollzogen und vermöge dieser Thätigkeit das Verbrechen auch wirklich verübt worden ist. In allen übrigen Fällen kann er nur wegen Versuchs des Verbrechens oder unter Umständen auch wohl gar nicht gestraft werden, sey es, daß er selbst seine verbrecherische Thätigkeit nicht vollendet oder an der Vollendung gehindert wird, oder daß der Coauctor das Verbrechen entweder mit oder gegen seinen Willen gar nicht oder vielleicht ganz auf andere Art[1]) verübt.

§. 37.

Noch müssen wir, was die Urheber betrifft, die Complottanten einer kurzen Betrachtung unterwerfen. Hinsichtlich des Complotts[2]), d. h. der vertragsmäßigen Vereinigung mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Verübung eines Verbrechens, ist wohl die Behauptung aufgestellt worden, daß jeder der Complottanten, auch wenn er gar nicht zur Ausführung komme, insoferne nur die Erwartung seines Beistandes bei den Verbündeten bis zur Vollziehung des Verbrechens fortdauerte, als vollständiger Urheber desselben betrachtet, mithin wegen des vollendeten Verbrechens

1) Z. B. ein Dienstbote verspricht einem Diebe die Hausthüre zu öffnen, der Dieb findet aber zufällig ein Fenster offen und stiehlt ohne Wissen seines Verbündeten. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 179.

2) Vergl. v. Schirach Entwickl. der Lehre vom Complott. Neues Archiv Bd. I. S. 516 ff.

beſtraft werden müſſe [1]). Hierin liegt indirect die Behauptung, daß insoweit beim Complott kein Verſuch möglich ſey, ſondern alle Complottanten entweder eines vollendeten oder eines verſuchten Verbrechens ſich ſchuldig machten, es müßte denn der Eine oder der Andere vor der Ausführung ausdrücklich zurückgetreten und der übrige Theil der Verbündeten hiervon auch Kenntniß erhalten haben. Kann man nun gleich nicht verlangen, daß jeder der Verbündeten einen Hauptantheil an der wirklichen Vollbringung des Verbrechens genommen habe, was auch wohl behauptet worden iſt [2]), ſo geht doch jene ſtrenge Anſicht offenbar zu weit, und läßt ſich auch nicht aus unſern poſitiven Rechten [3]) begründen. Denn daraus, daß ſonſt der Anſtifter dem Thäter gleichgeſtellt wird, läßt ſich aus dem Grunde nichts beweiſen, weil der Fall in der That ein ganz anderer iſt, indem hier die Ausführung der That lediglich dem Thäter überlaſſen wird, beim Complott aber jeder der Complottanten nur mit dem Andern das Verbrechen verüben will. Vollzieht er es dann doch ohne den Verbündeten, ſo giebt er dadurch klar zu erkennen, daß es der Beſtimmung durch die Übrigen nicht bedurfte, der

1) Vergl. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §. 47. S. jedoch deſſ. Kritik des Kleinſchrod. Entw. S. 137. Martin §. 80. welcher dies aber nur als eine exceptionelle Vorſchrift des poſitiven Rechts (P. G. O. Art. 148.) betrachtet wiſſen will.

2) Kleinſchrod ſyſtemat. Entwickl. Th. I. §. 179. S. jedoch Deſſelben Aufſatz im N. Arch. Bd. IV. S. 329 f., wo er die Gegenwart des Verbündeten bei der Ausführung für genügend erklärt.

3) Denn der Art. 148. der P. G. O. „ſo etlich Perſonen mit fürgeſetztem und vereinigtem Willen und Muth jemand bößlich zu ermorden einander Hülf und Beiſtand thun, dieſelben Thäter alle haben das Leben verwirkt“ — verlangt offenbar in den ausgezeichneten Worten wirkliche Theilnahme an der Ausführung.

Schwierigkeit nicht zu gedenken, die daraus entsteht, daß man gar nicht wissen würde, wie weit man den Nichterscheinenden für die wirkliche Ausführung verantwortlich machen sollte, namentlich wenn die Verabredung keine ganz bestimmte war. Hinsichtlich des Letztern läßt sich also nur Versuch des Verbrechens annehmen [1]). Unter den neuern Gesetzen hat das Baierische Strafgesetzbuch [2]), welches das Complott an sich (ohne Ausführung) nur als Versuch betrachtet, dessenungeachtet denjenigen Theilnehmer, welcher bei der Ausführung nicht mitgewirkt, für einen Miturheber des vollendeten Verbrechens erklärt, dagegen soll er, wenn er den Verbündeten seinen Rücktritt vor der Ausführung durch Worte oder Handlungen deutlich erklärt hat, blos als Gehülfe des Verbrechens bestraft werden. Daß hierin eine wunderbare Vermischung von Versuch und Beihülfe enthalten ist, leuchtet ein; denn wenn er durch Theilnahme am Complott zum Miturheber geworden ist, so kann er durch seinen Rücktritt nicht zum bloßen Gehülfen werden, sondern er kann und muß, da die Eingehung des Complotts Versuch ist (Art. 52.), und die Ausführung ihm auf keine Weise zugerechnet werden kann, nur wegen eines Versuchs des Verbrechens bestraft werden, weil nicht alle Bedingungen der Straflosigkeit der von seiner Seite freiwillig unterlassenen Ausführung vorliegen. Richtiger unterscheidet der Hannov. Entwurf [3]). Hiernach soll ein Theilnehmer, welcher bei Ausführung des Complotts nicht mitgewirkt hat, 1. wenn er der Anstifter des Complotts

1) Vergl. Stübel über den Thatbestand §. 62. — Kleinschrod im N. Archiv a. a. O. — v. Schirach a. a. O. S. 524 f. — Tittmann Hdb. der Strafrechtsw. I. §. 103. — Henke Hdb. des Criminalr. Th. I. S. 276.

2) I. Art. 53. Vgl. Anmerkungen dazu Th. I. S. 164 — 170.

3) Art. 72. revid. Entwurf Art. 60. Bauer, Anmerkungen I. S. 490 — 492.

iſt, dennoch als Miturheber (des vollendeten Verbrechens), wenn er hingegen 2. ein ſonſtiger Theilnehmer iſt, mit der Strafe des nichtbeendigten Verſuchs belegt werden [1]).

§. 38.

2. Vom Verſuch der Verbrechensgehülfen und der Begünſtiger.

Streitig iſt die Frage, ob es einen Verſuch der Beihülfe und der Begünſtigung der Verbrechen gebe? — Unter Beihülfe verſtehen wir im Allgemeinen eine das Verbrechen eines Andern nur als Nebenurſache abſichtlich befördernde Handlung [2]). Es genügt hierbei die auf Beförderung (nicht gerade Vollendung) des Delicts gerichtete Abſicht, ſollte auch der Zweck, den der Gehülfe durch ſeine Handlung erreichen wollte, ein ganz anderer ſeyn [3]). Letztere kann außerdem noch ein beſonderes Vergehen enthalten, aber auch eine an ſich ganz erlaubte ſeyn, welche nur durch die auf Beförderung des Delicts gerichtete Abſicht zu dem Verbrechen ſelbſt in eine ſtrafrechtliche Beziehung tritt [4]). Einerlei iſt es übrigens für den Begriff, ob

1) In dem Entwurfe eines Strafgeſetzb. für Norwegen Kap. 5. §. 6. heißt es: Wer an einem Complott Theil genommen hat, aber nicht bei der Ausführung zugegen geweſen iſt — wird als Gehülfe beſtraft, wenn er nicht Urheber (Anſtifter des Complotts?) iſt. — Hier finden wir alſo die richtige Unterſcheidung zwiſchen Anſtifter und gemeinen Theilnehmern, zugleich aber auch die beim Baieriſchen Geſetzbuche getadelte Verwechſelung von Verſuch und Beihülfe. Dieſelbe Verwechſelung findet ſich auch in dem Baier. Entw. v. 1822. Art. 57. No. VII.

2) L. 53. §. 1. D. de V. S. L. 50. §. 4. D. de furt. (XLVII. 2.) P. G. O. Art. 177.

3) L. 50. §. 1. D. de furt. „Ope consilio furtum factum Celsus ait, non solum si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur; sed etsi non ut socii furarentur, inimicitiarum tamen causa fecerit. Cf. L. 30. D. eod.

4) L. 53. pr. D. de furt. Qui injuriae causa januam effregit,

die Beihülfe **vor** oder **bei** Verübung geleistet, ob sie versprochen war oder nicht. Ja selbst eine bloße Begünstigung des Verbrechens nach Verübung desselben kann durch das vorausgegangene Versprechen die Eigenschaft einer Beihülfe erhalten. — Man hat nun wohl behauptet [1]), daß der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung aus dem Grunde nicht auf den Gehülfen bezogen werden könne, weil seine Handlung gar nicht unmittelbar die Hervorbringung des gesetzwidrigen Erfolgs bezwecke und der socius das Verbrechen gar nicht vollenden könne. Nun könne man zwar von einem Versuche in Beziehung auf den Act der Beihülfe selbst sprechen. Dies sey aber in juristischer Hinsicht ohne Bedeutung. Denn wären die Vorkehrungen des socius zur Beihülfe conatus delinquendi, so müßte ja der Act der Beihülfe selbst ein delictum consummatum ausmachen. Dies widerspreche aber geradezu dem Begriff des socius, der dann auctor seyn würde. Dagegen nehmen Andere [2]) eine versuchte Beihülfe an, wenn der Gehülfe die versprochene Beihülfe nicht geleistet oder die angefangene, ehe sie dem Urheber von Nutzen war, wieder abgebrochen habe. Sey aber das Verbrechen selbst nur ein versuchtes, so könne die Beihülfe doch vollendet erscheinen, wenn gleich die Strafbarkeit des Gehülfen mit Rücksicht auf Versuch oder Vollendung des Verbrechens bestimmt werden müsse.

quamvis inde per alios res amotae sint, **non** tenetur furti; nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit. L. 50. §. 4. cit.

1) **Feuerbach** Revision Th. II. S. 247. 248.

2) **Mittermaier** im N. Archiv Bd. I. S. 179. Vergl. **Hepp** Versuche S. 267. — Auch **Bauer**, Lehrb. §. 71. Note d. **Roßhirt** Lehrb. des Criminalr. §. 31. und **Heffter** Lehrb. §. 85. Note 3. billigen die Annahme eines Versuchs der Beihülfe. Letzterer macht indeß die Bemerkung, daß der Versuch einer **intellectuellen** Beihülfe sich schwer annehmen oder zur Gewißheit bringen lasse.

§. 39.

Daß es verschiedene Stufen oder Grade der Beihülfe mit Rücksicht auf das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit und der Wirksamkeit des Gehülfen für das Verbrechen gebe, ist gewiß, auch redet man im gemeinen Leben ohne Zweifel von einem Versuche zu helfen, theils wenn der Helfende nicht alles das leisten konnte, was er wollte, theils wenn seine Hülfe unwirksam geblieben ist. Allein eine andere Frage ist es allerdings, ob wir juristisch von einem Versuche der Beihülfe reden können [1]). Hierzu wäre erforderlich, daß der gesetzliche Begriff der Beihülfe gewisse, auf das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit bezügliche Merkmale an sich trüge, durch deren Vorhandenseyn der vollständige Begriff der Beihülfe bedingt würde. Dies ist aber in der That nicht der Fall. Denn da die Beihülfe in jeder auf Beförderung des Delicts gerichteten äußern Handlung besteht, so bleibt nur diese Alternative: Entweder der Gehülfe hat schon eine dergleichen äußere Handlung vorgenommen, welche als bürgerlich strafbar betrachtet werden kann, was z. B. ein zurückgewiesenes Anerbieten zu helfen noch nicht ist [2]), — dann liegt doch schon vollständig der Begriff der Beihülfe vor, mag das Verbrechen selbst ein vollendetes oder blos ein versuchtes seyn [3]), — oder der Gehülfe hat noch gar nichts gethan, was als eine straf-

1) Mit Feuerbach leugnet dies Martin Lehrb. §. 82. „Einen strafbaren bloßen Versuch der Beihülfe giebt es hingegen, da der Fall eines Complotts mehr als bloße Beihülfe enthält, gar nicht."

2) Arg. Art. 176. der P. G. O.

3) Auch bei einem Versuche des Verbrechens, wobei ein Anderer behülflich war, liegt der Begriff der Beihülfe immer vollständig vor. In wie fern das Nichtvollenden des Verbrechens auch auf die Strafbarkeit des Gehülfen Einfluß habe, ist eine ganz andere Frage.

bare Beförderung des Delicts betrachtet werden könnte, dann kann auch von keinem Versuch der Beihülfe geredet werden. Wenn aber hiergegen erinnert worden ist[1]: „Dies Argument beweise mehr, als es beweisen solle, mithin nichts. Denn wäre der Beweissatz gegründet: so dürften wir eben so wenig zwischen vollendeten und versuchten Verbrechen des Auctor unterscheiden," so müssen wir bekennen, daß wir dies Raisonnement nicht recht verstehen, indem die Verschiedenheit zwischen der Handlung des Auctor, welche hinsichtlich des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit und der Wirkung derselben ihre gesetzlich bestimmten Merkmale an sich tragen muß, wenn sie als vollendet erscheinen soll, von der Handlung des Gehülfen, von der man dieses nicht sagen kann, so in die Augen springend ist, daß hier in der That ein weiterer Beweis als überflüssig betrachtet werden kann.

§. 40.

Noch betrachten wir zwei Fälle besonders. Es kann nämlich 1. der Fall seyn, daß die absichtliche Beförderung eines andern Verbrechens, wie schon erwähnt wurde, zugleich vermittelst einer idealen Concurrenz ein besonderes Delict enthält. Dies kann ohne Zweifel eben so gut ein vollendetes als ein versuchtes seyn. Ist aber auch das Letztere der Fall, so wird doch dadurch die Handlung, in ihrer Beziehung zu dem Hauptverbrechen betrachtet, nicht zu einer versuchten Beihülfe, weil sie, als solche aufgefaßt, den Begriff der Beihülfe immer wieder vollständig enthält. 2. Wenn der Gehülfe dem Verbrecher eine Unterstützung bei oder nach Verübung des Verbrechens versprochen hat, an der Erfüllung seines Versprechens aber gehindert worden ist, so könnte man am ersten geneigt seyn, hier von einem Versuche der Beihülfe zu reden. Allein auch mit

1) Hepp Versuche S. 267.

Unrecht. Denn das bloße Versprechen der Unterstützung befördert schon die Wirksamkeit des Urhebers und ist daher ebenfalls schon vollständig Beihülfe. Aber wie, könnte man fragen, soll denn der Gehülfe, wenn man jeden Versuch der Beihülfe verwirft, gar nicht an der Straflosigkeit des Versuchs wegen der aus Reue unterlassenen Ausführung Theil haben? Allerdings müssen die Gesetze auch den reuigen Gehülfen schonen [1]), nur folgt daraus fürwahr nicht, daß deshalb die Möglichkeit eines Versuchs der Beihülfe angenommen werden müsse. — Was aber von der Beihülfe gilt, lassen wir auch vollständig von der eigentlichen Begünstigung gelten. Auch hier ist es sehr wohl möglich, daß der Begünstiger noch nicht Alles gethan hat, was er thun wollte, z. B. es ist ihm nicht gelungen, den flüchtigen Verbrecher wirklich dem Arm der Gerechtigkeit zu entziehen, oder er hat die gestohlne Sache nicht unterbringen können u. s. w. [2]). Dessenungeachtet wird auch hier, da die Begünstigung ebenfalls keine auf das fortschreitende Handeln und dessen Wirkungen bezüglichen, bestimmten gesetzlichen Merkmale hat, mag das begünstigte Verbrechen selbst ein vollendetes oder versuchtes seyn, der Begriff der Begünstigung immer vollständig vorliegen, und wir möchten nur noch darauf aufmerksam machen, daß das bloße Ver-

1) Baier. Strafgesetzb. I. Art. 81. „Die Straflosigkeit des Versuches von Seiten des Hauptverbrechers kommt aber dem Gehülfen nur alsdann zu Statten, wenn die rechtlichen Gründe der Straflosigkeit des Versuchs auch in Ansehung seiner Person und Handlung zutreffen." Hannov. revid. Entwurf Art. 72. „Die versprochene aber nicht geleistete Beihülfe ist strafbar, wenn der Gehülfe nicht aus freiem Antriebe davon abgestanden ist."

2) Bei einer andern Art der Begünstigung, nämlich der unterlassenen Anzeige eines begangenen Verbrechens von Seiten einer dazu verpflichteten Person, kann auch nicht einmal von einem Anfang derselben gesprochen werden.

sprechen der Begünstigung, wenn es nach verübtem Verbrechen erfolgt, an und für sich nicht als strafbar betrachtet werden könne, da hierin noch keine factische Begünstigung enthalten ist [1]).

§. 41.

Das Baierische Strafgesetzbuch [2]) nimmt indessen doch einen Versuch der Beihülfe in dem Falle an, wenn ein Gehülfe den versprochenen Beistand nicht geleistet, oder die angefangene Beihülfe, ehe sie dem Urheber von Nutzen war, wieder abgebrochen hat. Der Hannov. Entwurf [3]) sagt: „Eine blos versprochene aber nicht geleistete Beihülfe wird nach den Gesetzen wider den Versuch beurtheilt." Er sagt also streng genommen nicht, daß dies Versuch der Beihülfe sey, sondern will diesen Fall nur nach den Gesetzen über den Versuch bestraft wissen [4]).

§. 42.

B. Versuch von Unterlassungsverbrechen.

Zweifeln könnte man auch, ob bei Unterlassungsverbrechen ein Versuch möglich sey [5])? Indessen muß doch die Möglichkeit eines solchen Versuches wenigstens theilweise anerkannt werden [6]). Auch die Unterlassungs-

1) Vergl. P. G. O. Art. 40. — Baier. Strafgesetzbuch I. Art. 85. Hannov. revidirter Entw. Art. 74. Nirgends ist von der Strafbarkeit eines solchen Versprechens die Rede.

2) I. Art. 82.

3) Art. 85. Revidirter Entw. Art. 72.

4) In den Anmerk. zum Hannov. Entw. heißt es indeß: Schon ein Versprechen enthält einen strafbaren Versuch der Beihülfe, und scheint es demnach, daß man in dem Entwurfe einen solchen wirklich anzuerkennen beabsichtigte.

5) Vergl. überh. Spangenberg üb. Unterlassungsverbr. und deren Strafbarkeit im N. Archiv Bd. IV. S. 527 ff.

6) Spangenberg a. a. O. S. 550.

verbrechen sind nämlich entweder solche, bei welchen der Eintritt eines gewissen rechtswidrigen Erfolgs, welcher durch positive Thätigkeit hätte abgewendet werden können, z. B. der Tod eines Menschen, zur Vollendung des Delicts erfordert wird [1]), — oder die Gesetze verlangen, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Erfolg [2]), von Jemandem ein gewisses Handeln und bedrohen die Unterlassung mit Strafe, z. B. die Vernachlässigung einer Amtspflicht, Nichtanzeige eines begangenen Verbrechens, Nichtbefolgung einer polizeilichen Vorschrift. In beiden Fällen kann die Unterlassung eine culpose oder dolose seyn [3]), (welche letztere wir hier natürlich lediglich ins Auge zu fassen haben); auch läßt sich die äußere Erkennbarkeit, als Grundbedingung aller bürgerlichen Strafe, nicht bezweifeln, insofern nämlich sinnlich wahrnehmbar ist, daß dasjenige nicht geschah, was hätte geschehen sollen [4]). Gehört nun zur Vollendung des Delicts der Eintritt eines gewissen Erfolgs, welcher verhindert werden konnte und, wie der Verpflichtete wohl wußte, bei fortgesetzter Unthätigkeit nach einem bekannten Naturgesetze unvermeidlich war, so liegt in der absichtlichen Unterlassung ganz unverkennbar eine Richtung des Willens auf die Bewirkung dieses Erfolgs, und es kann daher, wenn derselbe doch noch auf irgend eine Art abgewendet wird, sehr wohl von einem Versuche des Verbrechens durch Unterlassung gesprochen werden [5]). — Was dagegen die

1) Necare videtur non solum is, qui partum perfocat, sed et is, qui alimonia denegat. L. 4. D. de agn. et al. liberis.

2) Dies übersieht Spangenberg, wenn er a. a. O. S. 529. die Entstehung eines Schadens zu jedem Unterlassungsverbrechen verlangt.

3) Matthaeus de crimin. Prolegom. Cap. IV. §. 1. in fin.

4) L. 121. D. de reg. jur. „Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit."

5) A. M. Heffter Criminalr. §. 60. S. jedoch Jenull Östreich.

andere Gattung von Unterlassungsverbrechen betrifft, wovon unsere gemeinrechtlichen Gesetze auch wohl Beispiele enthalten [1]), so ist bei diesen ein Versuch wohl nicht gut

Criminalr. (2te Aufl.) Th. I. S. 193. Note b. S. 198. 199. „Der Versuch bei jenen Verbrechen, die durch bloße Unterlassung begangen werden, wird dadurch erklärbar, daß, da die Vollbringung derselben von einem gewissen Erfolge, z. B. beim Kindesmorde von dem erfolgten Tode des Kindes abhängt, der Verbrecher von diesem Ziele, soweit dessen Erreichung wirklich von seinem bloßen Unterlassen abhängt, durch dieses bloße absichtliche Unterlassen nach Umständen mehr oder weniger entfernt seyn kann. Es beginnt aber hier der criminelle Versuch von dem Augenblicke, wo das absichtliche Unterlassen desjenigen eintrifft, was durch das Strafgesetz zu unternehmen geboten ist, woraus von selbst erhellet, daß nicht die bloße Absicht, die Handlung zu unterlassen, sondern vielmehr die Unterlassung selbst, verbunden mit der Absicht, der Gegenstand der Bestrafung ist." — Diese Bemerkung Jenulls bezieht sich darauf, daß das Östreich. Gesetzb. I. §. 7. zum Versuche eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung des Bösgesinnten verlangt.

1) z. B. die polizeiliche Vorschrift, daß die Inquilinen immer Wasser vorräthig haben sollen. L. 3. §. 4. D. de offic. praef. vigil. (I. 15.) Hierher möchten wir auch selbst diejenigen Fälle rechnen, wo die Gesetze die Verhinderung des Verbrechens eines Andern bei Strafe gebieten. Denn daß der Nichtverhindernde als Miturheber zu betrachten sey, was neuere Criminalisten wohl angenommen haben, davon wissen unsere Gesetze in der That nichts, wenn gleich sie ihn zuweilen mit derselben Strafe wie den Thäter bedrohen, doch aber nicht immer, z. B. in L. 2. D. ad L. Pomp. de parric. (XLVIII. 9.) Neuere Gesetze betrachten nur in einzelnen Fällen, z. B. beim Hochverrath, den Nichthindernden oder Nichtanzeigenden als wirklichen Mitschuldigen, Östreich. Strafgesetzb. I. §. 54. 55. vgl. mit §. 191. 192. und erklären im Übrigen seine Handlung für Vorschub (östreichisch) oder Beihülfe, Baier. Strafgesetzb. I. Art. 78. Ist nun kein Versuch der Beihülfe möglich (S. oben §. 38.), so bleibt auch der Versuch bei solchen Unterlassungen ausgeschlossen. — S. übri-

möglich. Denn ist z. B. von der Nichtbefolgung einer polizeilichen Vorschrift die Rede, so ist die Zeit, wo sie befolgt seyn mußte, entweder verstrichen, oder sie ist noch nicht gekommen. Im erstern Falle liegt dann schon die Unterlassung vollständig vor, im zweiten dagegen kann selbst dann, wenn der Bürger sich fest vorgenommen hätte, die Vorschrift nicht zu befolgen, von keinem Versuche gesprochen werden, weil erst die wirkliche Unterlassung den gesetzwidrigen Entschluß äußerlich erkennbar macht. Dasselbe gilt aber auch z. B. von einem Richter, welcher gesetzlich verpflichtet ist, einen Angeschuldigten innerhalb einer bestimmten Frist zu verhören, oder von demjenigen, welcher seiner Verpflichtung, ein Verbrechen anzuzeigen, nicht nachkömmt. Von dem Augenblicke, wo er anzeigen konnte, dies aber versäumte, liegt der Begriff des Unterlassungsvergehens vollständig vor, und früher kann zwar von einem Entschlusse, aber nicht von einem Versuche, nicht anzuzeigen, gesprochen werden. Rechnet man aber auch die unterlassene Anzeige eines begangenen Verbrechens zur Begünstigung, so ist schon nachgewiesen, daß bei dieser überhaupt nicht von einem Versuche die Rede seyn könne [1].

Übrigens kann man nicht sagen, daß die Unterlassung einen weniger gesetzwidrigen Willen verrathe, als die Begehung des Verbrechens durch positive Thätigkeit. Denn

gens über die unterlassene Anzeige, in besonderer Beziehung auf das Verbrechen des Hochverraths, die trefflichen Ausführungen von Hepp Beiträge zur Lehre vom Hochverrath. Bern und Chur. 1833. S. 12 — 37.

1) Daß nach Art. 2. des Code pénal der conatus, qui in sola omissione consistit, nicht gestraft werden könne, z. B. si mater infantem occidere volens denegare ipsi alimonia coeperit, behauptet Lelièvre de conat. delinq. p. 237., weil unter den Worten manifestée par des actes extérieurs Unterlassungen wohl nicht begriffen seyen.

wenn die Mutter ihr neugebohrnes Kind z. B. verhungern läßt, so giebt sie offenbar eine größere Bosheit kund, als wenn sie rasch eine tödtliche Handlung vollzieht [1]).

§. 43.

C. Über einzelne bestimmte Verbrechen, bei welchen kein Versuch möglich seyn soll.

Zu den Verbrechen, bei welchen man von keinem Versuche soll sprechen können, werden von Manchen gerechnet: 1. diejenigen Verbrechen, welche durch eine gewisse rasche Handlung verübt werden, ohne daß vorbereitende Handlungen dazu gehören, z. B. die Kinderaussetzung [2]). Wenn auch die Mutter, sagt Mittermaier, mit dem Vorsatze, das Kind auszusetzen, das Kind mitnimmt, an den bestimmten Platz hingeht, so kann man doch von strafbarer Aussetzung nicht früher sprechen, als bis die Mutter das Kind verlassen hat; das frühere Hingehen an den Platz ist keine verbrecherische Vorbereitung (?), man kann nicht einmal von einem wahren Dolus reden (?), weil das Hingehen, das ebensogut ein Spatzierengehen seyn kann, kein äußerer verbrecherischer Act ist und bis zum letzten Moment des wirklichen Aussetzens der Entschluß ein schwankender erscheint. — Bei der Prüfung dieser Ansicht müssen wir sogleich daran erinnern, daß wir hier durchaus nur davon reden, ob sich ein Versuch dieses Verbrechens denken lasse, und noch nicht davon, ob er auch bürgerlich strafbar genannt werden könne. Denn Begriff und Strafbarkeit des Versuchs sind zwei verschiedene Dinge. Wir setzen ferner voraus, daß der verbrecherische Vorsatz der Mutter auf irgend eine Weise feststehe. Ist dies aber der Fall, so ist in der That nicht

1) Lelièvre l. c. p. 390.

2) Vergl. Mittermaier im N. Arch. Bd. IV. S. 17.

einzuſehen, warum kein Verſuch der Kinderausſetzung möglich ſeyn ſoll, und jedenfalls kann nun nicht mehr von einem bloßen Spatzierengehen die Rede ſeyn, denn ſonſt müßte derjenige, welcher mit geladenem Gewehre ſeinen Gegner aufſucht, ſich auch damit entſchuldigen können, ſeine Handlung dürfe kein Mordverſuch genannt werden, weil er ja ebenſogut auch blos nach Vögeln ſchießen könne. Ja ſelbſt dann, wenn das Vergehen der Mutter, welche ſich ihres Kindes entledigen will, nicht ſowohl in einem Wegtragen, als vielmehr blos in einem Verlaſſen [1]) beſtände, kann man gewiß ſo lange von einem Verſuche reden, als ſie das Kind noch nicht völlig ſeinem Schickſal überlaſſen hat [2]). Auch unterſcheiden Geſetze und viele Rechtslehrer zwiſchen Verſuch und Vollendung der Kinderausſetzung, und die Strafbarkeit eines ſolchen Verſuchs läßt ſich im Allgemeinen gewiß nicht in Abrede ſtellen [3]). Daß die Handlung auch einen wirklichen Verſuch der Tödtung enthalten könne, verſteht ſich von ſelbſt [4]).

1) Tittmann Hdb. der Strafrechtsw. Th. I. §. 202. S. jedoch Feuerbach Lehrb. §. 390. Wächter Strafr. II. S. 199.

2) S. überh. Hepp Verſuche S. 293—295.

3) Vergl. Tittmann a. a. O. Note m. — Feuerbach Lehrb. §. 390. Heffter Lehrb. §. 272. a. E. Auch ſpricht Mittermaier ſelbſt im Neuen Archiv Bd. II. S. 607. von einem ſtrafbaren Verſuch der Ausſetzung! — Neuere Geſetze, z. B. das Baier. Strafgeſetzb. I. Art. 174 — 177. ebenſo Hannov. revid. Entw. Art. 237. 238., erwähnen zwar den Verſuch der Ausſetzung nicht beſonders, dies thun ſie aber auch nicht bei andern Verbrechen, welche unbeſtritten einen Verſuch zulaſſen. Natürlich entſcheiden die allgemeinen Grundſätze über den Anfangspunkt der Strafbarkeit des Verſuchs. S. unten §. 106 ff.

4) Meiſter princ. §. 162. Feuerbach Lehrb. §. 391ª, welcher hier aber ebenfalls einen Verſuch mit unbeſtimmter tödtlicher Abſicht anerkennt. S. oben S. 44. Note 1.

§. 44.

Ein Versuch soll 2. bei denjenigen Verbrechen nicht möglich seyn, welche nur die Folgen einer raschen Aufwallung sind, ohne bestimmte klare Absicht vorgenommen, und nur durch die wirkliche Ausführung strafbar werden, z. B. der Todtschlag [1]). Von diesem hierher nicht gehörigen Falle ist schon die Rede gewesen [2]). Ferner 3. bei denjenigen Verbrechen, welche eigentlich nur in einem Exceß des Handelnden bestehen, z. B. beim Mißbrauche des Züchtigungsrechtes [3]). Dasselbe müßte denn auch wohl von einem Exceß der Nothwehr gelten. Hierbei ist aber zu bemerken, daß der s. g. Exceß bei Ausübung eines Rechtes gar kein besonderes Verbrechen ist, sondern stets entweder Verbrechen der Körperverletzung oder der Tödtung oder ein anderes Delict enthält. Der Exceß kann ferner entweder ein culposer oder ein doloser seyn. Erstern Falls gilt ohne Zweifel dasjenige, was Mittermaier vom Exceß überhaupt sagt. Überschreitet aber der Handelnde absichtlich die Gränzen seiner Befugnisse, z. B. bei der Nothwehr, so ist die Möglichkeit eines Versuchs gewiß nicht in Abrede zu stellen [4]).

§. 45.

Der Versuch soll ferner 4. ausgeschlossen seyn bei solchen Handlungen, „die nur durch einen Schritt zu Verbrechen werden, während schon im näch-

1) Mittermaier im N. Arch. Bd. IV. S. 18.

2) S. oben §. 30.

3) Mittermaier a. a. O.

4) Vergl. auch Hepp Versuche S. 295 f. Warum soll z. B. in dem Falle der L. 5. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) Sin autem quum possit apprehendere maluit occidere — kein Versuch der Tödtung möglich seyn?

sten Augenblicke das Verbrechen wieder ungeschehen gemacht werden kann, z. B. bei der Unterschlagung" [1]). Da sich aber sehr wohl auf Unterschlagung gerichtete äußere Handlungen denken lassen, ohne daß das Verbrechen als vollendet zu betrachten ist, z. B. wenn der Depositar die deponirte Sache einem Andern zum Verkauf anbietet [2]), so bleibt auch hier ein Versuch sehr wohl denkbar [3]) und wenn in dem von Mittermaier erwähnten Falle keine Strafbarkeit angenommen wurde, so kann dies sehr natürlich aus den Grundsätzen über die aus Reue unterbliebene Vollendung, insofern man nämlich das bloße Ableugnen noch nicht als genügend dazu betrachtete [4]), erklärt werden.

§. 46.

Was 5. die Möglichkeit eines Versuchs des Hochverraths betrifft, so ist nur wenigen Criminalisten [5]) eingefallen, dieselbe der Natur der Sache nach, oder nach allge-

1) Mittermaier a. a. O. Dabei wird folgender Fall erwähnt: Ein Bote wird beauftragt 50 Rthlr. von A zu holen, erhält aber 100 Rthlr. Er kömmt zurück, wird befragt, ob er nicht mehr habe, leugnet den Mehrempfaug, giebt aber gleich darauf auch die übrigen 50 Rthlr. heraus. Mit Recht (?), heißt es, hatte der oberste Gerichtshof keinen Versuch angenommen.

2) Denn den wirklichen Verkauf muß man wohl zur Vollendung fordern. Übergabe der Sache ist dagegen nicht nothwendig. L. 66. pr. D. de furt. (XLVII. 2.)

3) Hepp a. a. O. S. 297.

4) Vergl. L. 1. §. 2. D. eod. Sic is, qui depositum abnegat, non statim furti tenetur: sed ita, si intercipiendi causa occultaverit. L. 67. pr. ibid.

5) v. Grolman Criminalrsw. §. 330. u. Bibliothek für peinliche Rechtsw. Bd. I. St. 2. S. 219. 249. Klein peinl. Recht §. 502. S. dagegen Feuerbach vom Hochverrathe S. 33. 34. Hepp Beitr. zur Lehre vom Hochverrathe S. 4 ff. Dessen Versuche S. 275 — 277.

meinen Principien in Abrede zu stellen und zu behaupten, daß beim Hochverrath aller Unterschied zwischen Vollendung und Versuch verschwinde, sondern man hat nur behauptet, daß nach gemeinem Rechte eine solche Unterscheidung wegen der bekannten Vorschrift der L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. und der Aur. bulla cap. 24. juristisch ohne Interesse sey. — Allein wenigstens für das heutige Recht ist auch diese Meinung nicht zu billigen, sondern Theorie und Praxis müssen zwischen Versuch und Vollendung des Hochverraths, wie es auch neuere Gesetze thun [1]), um so mehr unterscheiden, je schwerer das Verbrechen selbst ist. Denn entweder ist die Vorschrift der L. 5. Cod. cit. blos Anwendung eines allgemeinen, angeblich im Römischen Rechte bei allen criminibus publicis geltenden Princips, und dann fällt sie mit dem 178sten Artikel der P. G. O. weg. Oder man hält sie für eine singuläre Vorschrift, die durch erwähnten Artikel der P. G. O. nicht getroffen werde. Dann ist es wenigstens inconsequent, wenn man die im Römischen Rechte auch bei andern Verbrechen ebenso vorkommende singuläre Vorschrift wegen der veränderten Grundansicht des Germanischen Rechts nicht mehr zur Anwendung bringen will [2]).

1) Baier. Strafgesetzbuch I. Art. 307. 308. Hannov. revid. Entwurf Art. 126. — Der Baier. Entwurf von 1822 redet ausdrücklich nicht von Versuch, s. jedoch Art. 109. — Anders das Östreich. Strafgesetzbuch I. §. 53. und Entwurf für Norwegen Kap. VIII. §. 1. vergl. mit Kap. III. §. 1. wonach der Versuch der Vollendung ganz gleichsteht. — Eine in der That exorbitante Bestimmung s. im Östreich. Strafgesetzb. I. Art. 57. — Möchten die Gesetzgeber doch endlich einmal zu der Überzeugung gelangen, daß da, wo der Staat auf festen Füßen steht, die Gefährlichkeit s. g. Staatsverbrechen nicht so ungeheuer groß ist, um solche Exceptiv-Gesetze zu rechtfertigen, daß aber ein morsches Gebäude auch nicht durch Drakonische Gesetze aufrecht erhalten werden kann! Vergl. Henke Handb. des Criminalrechts Bd. III. S. 439 f.

2) S. aber Henke a. a. O. S. 412 ff.

Über die Art und Weise, wie zwischen Vollendung und Versuch des Hochverraths unterschieden werden könne, haben wir uns schon oben (S. 17. Note 1.) ausgesprochen.

§. 47.

Endlich ist noch 6. das Verbrechen der Injurie zu betrachten. Es fragt sich, ob bei Verbal-Injurien und den damit zusammenhängenden Delicten der Majestätsbeleidigung und der Blasphemie ein Versuch möglich sey? Schon Mittermaier stellte dies in Abrede [1]) und Hepp erkennt die Richtigkeit dieser Behauptung an [2]). Ohne Zweifel hat es mit diesen Vergehen eine besondere Bewandtniß, und wir werden, wenn wir uns an den Begriff des Versuchs erinnern, juristisch hier von einem Versuche nicht reden können. Sehr richtig bemerkt Hepp a. a. O.: „Das Mittel nämlich, welches zur Vollführung dieser Delicte dient, ist das Wort, welches, so lange es nicht ausgesprochen ist, bloßer Gedanke ist. Gedanken sind aber noch nicht Conat, so wie überhaupt innere Handlungen nicht Gegenstand des Strafrechts sind. Diese liegen außerhalb der Sphäre desselben. Vorbereitungen sind hier freilich insofern denkbar, daß der Thäter zwischen den mehrern beschimpfenden Ausdrücken denjenigen sich auswählen kann, welcher ihm am tauglichsten scheint, seinen Endzweck zu erreichen. Desgleichen kann er sich mit dem animus injuriandi an den Ort hinbegeben, wo er seinen Gegner erwarten zu dürfen glaubt. Allein so lange das Wort noch nicht ausgesprochen ist, bleibt der Act eine bloß innerliche Handlung, welche, als solche, nicht Gegenstand der bürgerlichen Strafe ist. Man könnte daher hier nur von einem inneren Conat reden. Bei den übrigen Delicten dagegen sind die Mittel, welche zu ihrer Vollführung getroffen werden — äußere, als solche erkenn-

1) Neues Archiv IV. S. 19.
2) Versuche S. 297. 301. 302.

bare Mittel. Daher läßt sich denn von einer versuchten äußeren Anwendung derselben reden. Wäre schon das Hingehen an den Ort, wo die Injurie verübt werden soll, conatus delinquendi: so müßte noch weit mehr die Annäherung an das Subject, welches man beschimpfen will und eben daher auch dessen bloß zufällige Anwesenheit, ein strafbarer Versuch seyn — und nicht bloß hier, sondern mit eben dem Rechte auch bei allen übrigen Delicten. Mithin wäre z. B. schon das bloße Hinzutreten zu einem Menschen, den man morden will, ein versuchter Mord, wenn man auch sonst keine Handlung vorgenommen haben sollte. Allein dieß widerspricht dem Princip: cogitationis poenam nemo patitur. Auch ist die Annäherung sowenig hier, wie im Übrigen, das Mittel zur Vollführung, sondern nur conditio sine qua non derselben. Wie aber wenn man erklärt, einen Andern beschimpfen zu wollen? Auch dieß ist noch kein Conat, sondern nur Drohung, welche dem Präventions-, und nicht dem Strafzwange unterliegt."

Gilt nun dasselbe auch von symbolischen, schriftlichen und s. g. Realinjurien? Dies ist wohl zu verneinen; denn in allen diesen Fällen kann eine äußerlich erkennbare Vorbereitung von Mitteln vorkommen, welche unter den allgemeinen Begriff des Versuchs fällt; z. B. wenn Jemand einen injuriösen Brief, ein Pasquill oder Schandgemälde geschrieben oder gefertigt, aber noch nicht abgeschickt oder veröffentlicht, oder einem Andern mit einem Prügel aufgelauert hat. Daher läßt sich auch bei der Majestäts-Beleidigung, insofern sie nicht in mündlichen Äußerungen besteht, ein Versuch sehr wohl denken. Eine andere Frage ist es, ob eine solche Verkörperung des Gedankens in den Schriftzügen u. s. w. bürgerlich strafbar sey, eine Frage, die z. B. auch bei aufrührerischen Schriften vorkommen kann [1]). Hierüber müssen die allgemeinen Grundsätze über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen entscheiden.

1) Vergl. Henke im N. Arch. Bd. II. S. 561 ff.

Drittes Kapitel.

Von der absoluten Strafbarkeit des Versuchs.

§. 48.

Einleitung.

Wenn wir von der absoluten Strafbarkeit des Versuchs sprechen, so haben wir dabei die Vorfrage im Auge, unter welchen Bedingungen oder Voraussetzungen der Versuch eines Verbrechens überhaupt, d. h. abgesehen von der Größe seiner Strafbarkeit im Verhältniß zum vollendeten Verbrechen, als strafbar betrachtet werden könne? — Die Antwort ist aber ganz einfach diese: Die Bedingungen für die Strafbarkeit des Versuchs sind im Allgemeinen ganz die nämlichen, welche man als Grundbedingungen der bürgerlichen Strafbarkeit überhaupt aufstellen muß; also 1. daß auch der Versuch eines Verbrechens in den Gesetzen mit Strafe bedroht sey, weil sich die Strafbarkeit desselben nicht von selbst versteht; 2. daß eine äußere auf Begehung des Verbrechens gerichtete Handlung vorliege; 3. daß diese Handlung eine rechtswidrige, d. h. nicht aus einem besondern Rechtsgrunde gerechtfertigte sey, und den rechtlichen Zustand gefährde. Dagegen kann man nicht verlangen, daß das Object, gegen welches die Handlung gerichtet war, im Schutze des strafenden Staats stehe, während darüber ob die Handlung so geeigenschaftet seyn müsse, daß dadurch das Verbrechen wirklich zur Vollendung hätte gebracht wer=

den können [1]), — wenn der die Vollendung hindernde Umstand nicht eingetreten wäre — vorläufig noch unentschieden bleiben muß.

Mit Rücksicht auf diese Grundbedingungen aller bürgerlichen Strafbarkeit, unterwerfen wir demnach drei Fragen einer nähern Betrachtung, nämlich:

I. Ist der Versuch eines Verbrechens überhaupt strafbar?
II. Wann beginnt die Strafbarkeit des Versuchs?
III. Gehört objective Gefährlichkeit der Handlung zur Strafbarkeit des Versuchs?

Erster Titel.

Ist der verbrecherische Versuch überhaupt strafbar?

§. 49.

I. Nach allgemeinen strafrechtlichen Principien und mit Rücksicht auf die verschiedenen Strafrechtstheorien [2]).

Bevor wir die Aussprüche der positiven Rechte über diese Frage kennen lernen, betrachten wir dieselbe zuerst nach allgemeinen strafrechtlichen Principien. Wir gehen dabei von dem Satze aus, daß der Staat das ihm zum Zweck der Aufrechthaltung der rechtlichen Ordnung nothwendig zukommende Strafrecht gerechterweise nicht anders als unter Voraussetzung einer positivrechtlichen Norm, welche eine Handlung mit einem Übel verknüpft, ausüben

1) Auch ist es unrichtig, wenn man als Bedingung der Strafbarkeit aufstellt, daß der Verbrecher nicht freiwillig von der Vollendung abgestanden sey; Feuerbach Lehrb. §. 42. Denn Tilgung oder Erlöschung der schon begründeten Strafbarkeit ist etwas Anderes. Auch ist dies keine bloße Wortklauberei, sondern die Unterscheidung kann practische Folgen haben.

2) Cf. Lelièvre de conatu p. 261 sqq. Mittermaier im N. Arch. Bd. I. S. 167 ff. Hepp Versuche S. 287 f.

dürfe. Wir behaupten also nicht, daß erst durch die Androhung der Staat ein Strafrecht erhalte, und daß die Zufügung der Strafe blos in der vorausgegangenen Drohung ihren Rechtsgrund finde, weil das Recht zur Drohung nicht das Recht zur Ausführung enthält, sondern in den Fällen, wo die Ausführung gerechtfertigt erscheint, nicht die vorausgegangene Drohung, sondern ein anderer Rechtsgrund diese Wirkung hat [1]). Ist aber der Rechtsgrund für dasjenige, was eigentlich gerechtfertigt werden muß, nämlich das Strafen selbst und nicht blos das Androhen einer Strafe, welches keiner Rechtfertigung bedarf, oder wenigstens keinen anderen Rechtsgrund haben kann, als die Zufügung der Strafe, aufgefunden und liegt dieser in nichts Anderm als in der, Pflicht und Recht des Staats zu strafen erzeugenden Nothwendigkeit, die rechtliche Ordnung aufrecht zu erhalten [2]), ist also das Strafrecht ein wesentliches, aus der Natur der Staatsgewalt selbst unmittelbar hervorgehendes Recht, dann fragen wir erst nach den rechtlichen Schranken seiner Ausübung, welche theils materielle, theils formelle sind, und die wir freilich erst dann erkannt und verwirklicht finden, wenn der Staat sich zu einer höhern Stufe der Cultur erhoben hat [3]). Die

1) Ich sage zu Jemandem, wenn Du mich trittst, so bekommst Du eine Ohrfeige! Rechtfertigt dann wohl die Drohung die Ohrfeige, oder ist es nicht ein anderer Grund?

2) Daß die Mehrzahl der Verbrechen zugleich unmoralische oder sündliche Handlungen sind, eine Verletzung des ewigen und unveränderlichen Sittengesetzes enthalten, ist unverkennbar. Allein eines Theils ist dies doch nicht bei allen bürgerlich strafbaren Handlungen der Fall und andern Theils kann dieses nicht Rechtsgrund der Strafe seyn, weil die Verwirklichung einer sittlichen Ordnung, insoweit sie in dieser Welt und Menschen im Verhältniß zu Menschen möglich ist, nicht Sache des äußern Zwanges, sondern nur der intellectuellen Einwirkung seyn kann.

3) Sowie das Strafrecht in Staaten, welche sich noch im Kindes=

materielle Schranke ist die, daß die Größe der Strafe der Größe der Gefährlichkeit der Handlung für den rechtlichen Zustand entspreche, die formelle aber, daß dieselbe in einem Gesetze vorher bestimmt sey. Letzteres ist aber nothwendig, 1. damit der Staat seiner Pflicht, Rechtsverletzungen und andere gefährliche Handlungen möglichst zu verhüten, vollständig nachkomme. Es ist nämlich die durch den Ausspruch des Gesetzes erhaltene Überzeugung von der nothwendigen Verknüpfung eines Übels mit der gefährlichen Handlung, der Erfahrung nach und zufolge der Einrichtung der menschlichen Natur wirklich dazu geeignet, sehr Viele von Verbrechen abzuhalten, nämlich diejenigen, bei welchen die sittliche Kraft nicht stark genug ist, um für sich allein das als widerrechtlich Erkannte zu verhindern. Durch das bloße Strafen würde aber jene Überzeugung nicht allgemein und vollständig genug bewirkt werden können, weil Viele vielleicht gar keine Kenntniß davon erhalten, oder wenigstens nur einen augenblicklichen, schnell vorübergehenden Eindruck bekommen würden, während das Gesetz eine dauernde und fortwährend wirkende Kraft in sich trägt. Könnte aber auch blos durch wirkliche Bestrafungen jener Zweck erreicht werden, so muß doch 2. der Staat nicht sogleich zu dem härtesten Mittel greifen, sondern erst die gelindern Mittel erschöpfen und dazu gehört nächst der Beförderung der Cultur, der Aufklärung, der Religio-

alter befinden, ohne Strafgesetz ausgeübt wird, so auch z. B. die richterliche Gewalt vom Oberhaupt ohne ordentliche Gerichte. Später erkennt man die Nothwendigkeit unabhängiger Gerichte als rechtliche Schranke der Ausübung der richterlichen Gewalt an. Sowenig man aber deshalb sagen kann, daß der Rechtsgrund für die richterliche Gewalt in der vorausgegangenen Anordnung unabhängiger Gerichte liege, ebensowenig kann man daraus, daß die richterliche Gewalt wesentlich mit der Staatsgewalt verbunden ist, folgern, daß die s. g. Cabinets-Justiz nichts Widerrechtliches sey.

sität und des Wohlstandes der Unterthanen auch das gesetzliche Strafverbot. Strafgesetze sind ferner 3. nothwendig, damit der Bürger diejenigen Handlungen, welche im Staate bestraft werden sollen, kennen lerne und sich später nicht darauf berufen könne, daß ihn die Kenntniß der Strafbarkeit an der Vornahme der Handlung verhindert haben würde. Denn wenn auch ein inneres Gefühl den Menschen von der Sündhaftigkeit und Immoralität vieler Handlungen belehren und der Glaube an eine höhere Vergeltung des Bösen damit verbunden seyn sollte, ein Gefühl, welches aber doch meistens von äußern Einflüssen abhängig ist und erst durch Erziehung u. s. w. geweckt werden muß, so ist doch die s. g. natürliche Strafbarkeit eine ganz unerwiesene und durch die Erfahrung widerlegte Behauptung. Endlich sind 4. Strafgesetze aus dem Grunde durchaus nothwendig, weil auch der Unterthan eine Garantie gegen den Mißbrauch der strafenden Gewalt des Staats haben muß. Sie bedroht die heiligsten und wichtigsten Güter des Menschen, Leben, Freiheit und Ehre; und das richtende Amt üben nicht Wesen einer höhern Art aus, sondern ebenfalls Menschen, die, vom Sturme der Leidenschaft bewegt, Haß und Liebe, Neid und Feindschaft, politische und religiöse Meinung und Aberglauben in die Wagschale der Gerechtigkeit legen. Wohin sollte es führen, wenn in den gegenwärtigen bewegten Zeiten die eine oder andere der Partheien, welche gerade obgesiegt, willkührlich Handlungen zu Verbrechen stempeln und das richtende Schwert gebrauchen könnte [1])?!

1) Mit Recht wird in den Motiven zum Art. 4. des Code pénal gesagt: le dernier des articles préliminaires retrace une maxime, que l'on peut regarder comme la plus forte garantie de la tranquillité des citoyens; nulle contravention, nul délit, nul crime ne peut-être puni des peines, qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis,

§. 50.

Erkennen wir aber die Nothwendigkeit der Begrenzung des Strafrechts durch Gesetze an, halten wir den Satz: Keine Strafe ohne Strafgesetz, für eine unerläßliche Schranke desselben, so folgt von selbst, daß eine Handlung nur insofern bürgerlich strafbar genannt werden könne, als sie diejenigen Eigenschaften an sich trägt, welche für die im Gesetze bedrohte That vom Gesetzgeber aufgestellt sind, oder wenigstens nach einer richtigen Analogie als mitbedroht betrachtet werden kann. Es muß also, wenn von Strafbarkeit die Rede seyn soll, der Inbegriff sämmtlicher Merkmale der bedrohten That, oder der gesetzliche Thatbestand des Verbrechens vorliegen, indem nur dieser Inbegriff, nicht aber die einzelnen Theile des Thatbestandes vom Gesetzgeber mit Strafe bedroht sind. Insofern ist das Verbrechen etwas Untheilbares, und die Ansicht, daß bei einem s. g. Mangel am Thatbestande die gesetzliche Strafe mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des fehlenden Merkmals getheilt oder vermindert werden könne, eine unrichtige und verkehrte [1]). Nur dann, wenn die That vermöge der noch übrigen Eigenschaften unter ein anderes Strafgesetz subsumirt werden kann, darf von Strafbarkeit gesprochen werden; in allen übrigen Fällen kann gar nicht gestraft werden, mag nun das fehlende Merkmal gar nicht vorhanden oder rechtlich ungewiß seyn. Da nun auch der bloße

un citoyen ne peutêtre puni que d'une peine légale, il ne doit pas être laissé dans l'incertitude sur ce qui est ou n'est pas punissable. S. auch Anmerk. zum Baier. Strafgesetzbuch Th. I. S. 66. — Bauer Anmerk. zum Hannov. Entwurf I. S. 303 f. u. L. 14. §. 14. D. XI. 7. L. 131. D. de V. S. P. G. O. Art. 104. S. auch Cicero pro Cluent. cap. 53. 54. (Unten S. 90. Note 4.)

1) Vgl. Feuerbach, Lehrb. §. 97. S. dagegen Mittermaier im N. Arch. III. S. 394 — 414.

Versuch eines Verbrechens stets einen Mangel am Thatbestande involvirt [1]), so wird auch die Straflosigkeit desselben nach allgemeinen Principien von der Anwendung der Gesetze behauptet werden müssen [2]), insofern nicht die als Versuch eines andern Verbrechens aufgefaßte Handlung ein anderes vollendetes Verbrechen enthält, oder der Gesetzgeber den Versuch eines Verbrechens überhaupt oder bei einzelnen Vergehen ausdrücklich für strafbar erklärt hat. Auch wird man die Behauptung, daß sich die allgemeine Strafbarkeit des Versuchs von selbst verstehe, nicht darauf gründen können, daß man sagt: „Es liege in dem gesetzlichen Ausspruche, gewisse gesetzwidrige Handlungen nicht zu verüben, ein zweifaches Gebot, und zwar 1. das Gebot, die gesetzwidrige Handlung nicht anzufangen, und 2. sie nicht zu vollenden. Jeder, welcher eine solche verbotene Handlung beginne, jeder, der sie endige, habe das Strafgesetz übertreten und sey darum strafbar [3]).“ Denn

1) S. Oben Kap. I. §. 16. Aus demselben Grunde kann man auch wie schon aus dem Begriffe der Strafmilderung (Feuerbach Lehrb. §. 93. 94.) folgt, den Versuch nicht zu den Milderungsgründen zählen, wie dies von Klenze Lehrb. des Strafrechts S. 82. Wächter Strafr. I. S. 218. Martin Lehrb. §. 56. u. A. geschieht. Daraus, daß der Versuch mit Rücksicht auf die Größe der Strafe des vollendeten Verbrechens bestraft wird (Martin l. c. Note 5.), folgt durchaus nichts, um jenen Widerspruch zu rechtfertigen. Vergl. dagegen Heisler de causis mitig. §. 17. Roßhirt Lehrb. §. 92. Tittmann Hdb. I. §. 143.

2) S. vorzüglich Hepp a. a. O. S. 283. 284.

3) Mittermaier im N. Arch. I. S. 169. Lelièvre de conat. delinq p. 269. — revera enim poena in consummatam laesionem constituta, per se etiam prohibitus conatus, neque peculiari legis comminatione opus est, ad homines per vim psychologicam a conatu detinendos. Etsi, quod concedimus, necessarium est, expressam sanctionem proponere in conatum, ut possit conatus puniri, hoc non ex eadem ratione fieri debet, ex qua poenae sanctiones ante factum commissum

wenn man auch ein solches stillschweigendes Verbot, die Handlung anzufangen, anerkennt, so ist doch die Strafe nur an die Vollendung geknüpft und erst durch die letztere das Strafgesetz wirklich übertreten.

§. 51.

Nimmt man bei der Beantwortung der Frage, ob sich die absolute Strafbarkeit des Versuchs von selbst verstehe, auf die wichtigsten neuern Strafrechtstheorien Rücksicht, so wird man finden, daß auch hier die verschiedenen Systeme zu ganz verschiedenen Resultaten führen. — Denn betrachtet man die Strafe als moralische Vergeltung, als ein Übel, welches dem Verbrecher wegen der Verletzung des Sittengesetzes vermöge eines kategorischen Imperativs zugefügt werden muß, so daß die äußere Handlung nur als Offenbarung der unmoralischen Gesinnung in Betracht kommt, so muß jeder Versuch eines Verbrechens, da sich durch ihn schon eine vollständige Verletzung des Sittengesetzes kund giebt, ebenso wie das vollendete Verbrechen gestraft werden. Denkt man sich aber die Strafe als rechtliche Vergeltung, um dadurch den Eingriff in die rechtliche Freiheit des Nebenmenschen auszugleichen, so liegt nur in der wirklichen Verletzung ein Eingriff, und der Versuch kann daher in der Regel gar nicht gestraft werden. Die Idee der Gerechtigkeit aber, auf deren Verwirklichung man jetzt so häufig das Strafrecht gründen will [1]), wonach das

proponi debent lege, ubi agitur de punienda laesione consummata; — — ad puniendum conatum legis sanctio magis circumscribendi arbitrii judicis causa videtur necessaria. S. ferner ebendas. p. 271. — Bauer Lehrb. des Strafrechts. §. 70. (63.) Auch in England hat man wohl die Strafbarkeit des Versuchs auf den Satz zu gründen gesucht: Quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne per quod devenitur ad illud. Lelièvre p. 456.

1) Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorien. Neustadt a. d. O.

Verbrechen wieder aufgehoben werden muß, und zwar aus keinem andern Grunde und zu keinem andern Zwecke, als damit wieder das Recht als unverletzliches herrsche, eine Theorie, welche halb eine absolute und halb eine relative ist, wobei aber Moral und Recht in einer wunderbaren Vermischung durch einander laufen, und wonach die Strafe wohl gar nicht einmal ein Übel seyn soll, ist in sich selbst zu schwankend und unbestimmt, als daß daraus mit Sicherheit ein Schluß auf die Strafwürdigkeit dieser oder jener Handlung gemacht werden könnte, mag sie sich auch dagegen sträuben, daß sie blos die sittliche Unwürdigkeit berücksichtige, und von der Gerechtigkeit der Vergeltung oder vollkommner Angemessenheit der Buse zur Schuld reden. Das ist überhaupt der Fehler aller absoluten Theorien, insofern sie sich selbst getreu bleiben, daß sie keine bestimmte Antwort über die Gränzen der bürgerlichen Strafbarkeit und über das Strafmaaß ertheilen, weil die Grundbegriffe selbst zu unbestimmt sind. Meistens gehen aber die s. g. Gerechtigkeitstheorien, wenn es sich um diese Fragen handelt, in die Nutzungstheorie über, wie dies z. B. bei dem geistreichen Rossi[1]) der Fall ist, indem er zwar das Strafrecht auf die Nothwendigkeit einer Verwirklichung des Sittengesetzes im Staate gründet[2]) und die Strafe la retribution, faite par un juge légitime, avec pondération et mesure, du mal pour le mal nennt[3]), aber nur diejenigen Handlungen bestraft wissen will, welche wirklich gemeingefährlich

1835. S. 28. — Richter philos. Strafrecht. Leipzig 1829. S. 157. 170.

1) Traité de droit pénal par M. P. Rossi. Paris et Genève. 1829. Vergl. Hepp, über die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorien des Auslandes. Heidelberg 1834. S. 24 ff.

2) — la justice applique les lois de l'ordre moral aux actes et aux intentions des êtres responsables. Vol. I. p. 248.

3) Vol. I. p. 280.

sind oder der bürgerlichen Ordnung einen absoluten oder relativen Nachtheil zufügen, und das Strafmaaß, welches jedoch nie das Maximum der (nicht auszumittelnden) moralischen Strafe übersteigen soll, nach dem Grade der Gefahr vor künftigen Verletzungen, also mit andern Worten nach dem Princip der Prävention bestimmen will. Daher erkennt er auch die Strafbarkeit des Versuchs ausdrücklich an, jedoch mit Einschränkungen, die sich auf den Anfangspunkt der Strafbarkeit beziehen [1]).

§. 52.

Was die relativen oder Nutzungs-Theorien betrifft und zwar diejenigen, welche von einem besondern Zwecke ausgehen, welcher durch die gesetzliche Drohung erreicht werden soll, und denen, außer den bekannten Deutschen Theorien, auch die Systeme von Bentham und Romagnosi [2]) zugezählt werden müssen, so führen sie zwar sämmtlich zu dem Resultate, daß der Richter ohne Strafgesetz Versuchshandlungen nicht strafen dürfe, geben aber dem Gesetzgeber keine Entscheidung über die Strafwürdigkeit des Versuchs an die Hand, insofern sie nicht bei der Beantwortung dieser Frage ihren besondern oder nächsten Strafzweck ganz bei Seite liegen lassen und blos aus dem allgemeinen Strafzweck oder dem Rechtsgrunde

1) Vol. II. p. 263 sqq. Der Rossischen Theorie ähnlich ist die von C. Lucas, Von dem Strafsysteme, übersetzt von L. Samhaber. Darmstadt 1830., nur daß er, hinsichtlich des Maaßstabs der Strafbarkeit nicht die Prävention, sondern die Besserung zu Grunde legt. Auch verlangt er (S. 176.) das Daseyn eines Strafgesetzes als nothwendige Bedingung der Strafbarkeit.

2) Vgl. Hepp, über die Gerechtigkeits- und Nutzungs-Theorien des Auslandes S. 50 ff. über Romagnosis Ansicht über die Strafbarkeit des Versuchs s. auch Lelièvre de conat. del. p. 266 sq. p. 268 sq.

der Strafe argumentiren 1). Dagegen müssen diejenigen Theorien, welche die Verhütung von Verbrechen durch die Strafzufügung erreichen wollen, wie die eigentliche Abschreckungs- 2), die Präventions- 3) und Besserungs-Theorie, den Versuch eines Verbrechens durchaus für strafbar erklären, auch ohne daß ihn ein Gesetz allgemein mit Strafe bedroht hat 4). Zu demselben Resultate muß auch diejenige Theorie führen, welche den Zweck der Strafe in die Wiedergutmachung des durch das Delict angerichteten idealen Schadens setzt 5).

1) So wie die Feuerbachische Theorie des psychischen Zwanges überhaupt kein Princip für die Strafwürdigkeit aufstellt, so kann auch aus ihr die Frage über die Strafwürdigkeit des Versuchs nicht beantwortet werden, wenn gleich aus derselben folgt, daß der Versuch ohne positives Strafgesetz nicht strafbar sey. Feuerbach selbst läßt sich auf eine Rechtfertigung der Behauptung (Lehrb. §. 42.), daß der Versuch für sich selbst schon Übertretung sey, nicht ein. Vgl. auch Stübel üb. den Thatbestand §. 9. 10.

2) Vgl. Klein peinl. R. §. 146.

3) Kleinschrod system. Entwickel. Th. I. §. 35.

4) Vgl. Hepp Versuche S. 287 ff. Mittermaier im N. Arch. 1. S. 167.

5) Cropp de praec. jur. Rom. p. 17—19. Auf ähnliche Weise deducirt Lelièvre Comm. de con. delinq. p. 256 sqq. die Strafbarkeit des Versuchs. So sagt er: (p. 262) Facto autem commisso quo quis laesionem legis prohibitam tentavit, opinio civium de vi psychologica legis poenalis sine dubio minuitur, ideoque etiam conatu mutua civium fiducia turbatur, et propriae securitatis persuasio minuitur omnibus, sive damnum intellectuale consociationi civili infertur, ut laesione ipsa consummata, etiamsi non expressa in conatum ipsum poena sit constituta. — — extra dubitationis aleam igitur esse videtur jus civitatis, tentatas laesiones puniendi, si in easdem perfectas poena juste sit proposita.

§. 53.

Beantworten wir die Frage über die Strafwürdigkeit der Handlungen, wie es geschehen muß, aus dem Rechtsgrunde der bürgerlichen Strafe, welcher in der von der Vernunft anerkannten Nothwendigkeit der Erhaltung der Rechtsordnung besteht und welcher zugleich mit dem allgemeinen Zweck der bürgerlichen Strafe zusammenfällt, so können nur wirklich gemeingefährliche Handlungen als strafwürdig betrachtet werden [1]). Gemeingefährlich sind aber nicht blos diejenigen Handlungen, welche eine wirkliche Rechtsverletzung bewirkt haben, sondern auch die auf Störung der öffentlichen Sicherheit absichtlich gerichteten Handlungen, und da die Straflosigkeit der Versuchshandlungen, welche in der Regel nur wegen eines wider Willen des Verbrechers dazwischen tretenden Hindernisses oder sonstigen Zufalls das Verbrechen selbst nicht hervorbringen, die willkührlichen Eingriffe in die Rechtsordnung vermehren würde, so ist der Staat nicht blos berechtigt, sondern sogar verpflichtet, auch den verbrecherischen Versuch mit Strafe zu bedrohen [2]). Die criminelle Strafwürdigkeit des Versuches überhaupt (vom Anfangspunkt der Strafbarkeit und von den Stufen derselben reden wir noch nicht) gründet sich daher ebenfalls auf die Gemeingefährlichkeit desselben und erhält dadurch zugleich ihre nothwendigen Schranken. Es würde unrichtig seyn, wenn man Versuchshandlungen durchaus blos als Polizeivergehen betrachten

1) Hepp über die Gerechtigk. und Nutzungstheorien §. 37 — 41.

2) Hepp Versuche S. 284. — Vergl. Beccaria üb. Verbrechen und Strafen, übersetzt von Bergk Th. I. S. 153. — Gellius Noct. attic. VII. cap. 3. nr. 42. Summa enim professio stultitiae est, non ire obviam sceleribus cogitatis, sed manere opperirique, ut, cum admissa et perpetrata fuerint, tum denique, ubi, quae facta sunt, infecta fieri non possunt, puniantur.

wollte [1]). Von der andern Seite ist aber auch kein Grund vorhanden, um den Versuch für das Verbrechen selbst zu erklären [2]), und offenbar macht sich dadurch der Gesetzgeber, wenn er dessenungeachtet gesetzliche Begriffe der verschiedenen Verbrechensarten aufstellt, eines nicht zusammen zu reimenden Widerspruchs schuldig. Die Versuchshandlungen müssen mit Strafe bedroht werden, nicht weil sie schon Übertretungen anderer bestimmter Gesetze enthielten, sondern weil der aus der begonnenen Gesetzesübertretung erkennbare verbrecherische Wille den rechtlichen Zustand auch schon gefährdet [3]). Daß die Strafbarkeit des Versuchs auf andern Gründen beruhe als die des vollendeten Verbrechens [4]), ist eine Behauptung, zu welcher man nur dann gelangen kann, wenn man die Frage über die Strafwürdigkeit der Handlungen nicht aus dem Rechts- oder Vernunftgrund der Strafe überhaupt beantwortet.

1) Consequenter Weise muß dies Feuerbach thun. S. auch Stübel über den Thatbest. §. 9. 10. Zu weit geht Cucumus im Neuen Archiv B. X. S. 205 ff. Vergl. unten §. 113.

2) Vergl. Crim. Gesetzb. für Basel §. 14. und für St. Gallen. Th. I. Art. 18. welche zu folgen scheinen dem Östreich. Gesetzb. über Verbrechen I. §. 7. „— Schon der Versuch einer Übelthat ist das Verbrechen —". Daß das Gesetz hiermit nicht blos sagen wolle, schon der Versuch sey strafbar, wie sich dasselbe hinsichtlich der schweren Polizeiübertretungen ausdrückt (Th. II. §. 6.), geht daraus hervor, daß Th. I. §. 40. unter den Milderungsgründen aufgeführt wird: a. wenn es bei dem Versuche geblieben ist. Vgl. auch Jenull Östreich. Criminalr. I. S. 191 u. 424. S. dagegen oben S. 83. Note 1. Der Josephinische Strafcodex v. 1787. sagte wohl besser Art. 9.: Schon der Versuch einer Übelthat ist ein Kriminalverbrechen.

3) Vergl. Mittermaier im N. Arch. Bd. 1. S. 168 f.

4) Lelièvre de conat. delinq. p. 273.

II. Absolute Strafbarkeit des Versuchs nach positiven Rechten.

A. Das Römische Recht.

§. 54.

Fragen wir zuerst nach den Ansichten des Alterthums über die Strafbarkeit des Versuchs überhaupt und berücksichtigen demnächst dabei hauptsächlich das Römische Recht, als eine Hauptquelle des jetzigen gemeinen Rechts, so werden wir zwar häufig die Ansicht ausgesprochen finden, daß der böse Wille das eigentlich Strafbare der äußern That sey, wenn gleich auch das unverschuldet [1]) verursachte Unrecht eine Sühne verlangt, zugleich aber auch meistens ein strenges Festhalten an dem positiven Gesetze, so daß nur derjenige gestraft werden kann, welcher dasselbe vollständig übertreten hat. Das Gesetz ist entweder ein unmittelbares [2]) oder mittelbares Geschenk der Gottheit [3]); letzteres, insofern sich der Wille der Gottheit in dem Beschlusse der Weisen und Verständigen ausspricht. Achtung vor dem Gesetze ist jedes Bürgers heiligste Pflicht. Das Gesetz enthält die Garantien für das Fortbestehen des ganzen Staats und sichert zugleich die Freiheit der Einzelnen. Darum muß aber auch streng an dem Gesetze festgehalten und es darf dasselbe nur auf diejenigen Handlungen zur Anwendung gebracht werden, welche wirklich unter das Gesetz fallen [4]). Hiermit ist sehr wohl verträglich,

1) *νόμος — ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων* L. 2. D de leg. (I. 3.) Welcker über Recht, Staat und Strafe S. 536. S. auch Numeri Kap. 35. V. 22 ff.

2) Moses und Numa erhalten die Gesetze unmittelbar von der Gottheit.

3) Demosthenes in der Rede gegen Aristogiton: — *καὶ μάλιστα ὅτι πᾶς ἐστὶν νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ, δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονίμων.* L. 2. D. de legib. (I. 3.)

4) Cicero pro Cluentio c. 53. — tu mihi concedas necesse est,

daß der Sinn des Gesetzes vor der strengen Wortbedeutung den Vorzug haben soll, allein ein Generalisiren, ein Abstrahiren allgemeiner Regeln aus speciellen Bestimmungen ist unzulässig. Dies würde zur richterlichen Willkühr führen, welche die gefährlichste Feindin der bürgerlichen Freiheit ist. Aus den angeführten Äußerungen des Cicero, die noch durch viele andere vermehrt werden könnten, geht soviel hervor, daß dies wenigstens die herrschende Rechtsansicht in der Zeit war, wo die bürgerliche Freiheit noch nicht unter dem Joche des Despotismus seufzte; wir finden sie aber auch noch bei den classischen Römischen Juristen, welche, trotz der veränderten Regierungsform, gar manche nur zur Zeit der Republik auch im Leben anerkannte Rechtssätze vortragen [1]). Noch Gajus liefert uns manche Belege, wie streng man sich bei den aus älterer Zeit herrührenden Instituten, bei Gestattung einer Klage und so auch wohl einer Anklage, an die Worte des Gesetzes band [2]). Freilich

multo esse indignius, in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi a legibus. Hoc enim vinculum dignitatis, qua fruimur in republica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis; — legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus. Cf. cap. 54. Quoniam omnia commoda nostra, jura, libertatem, salutem denique legibus obtinemus, a legibus non recedamus. — Video, quanta et quam periculosa et quam infinita quaestio tentetur ab accusatoribus, cum eam legem, quae in nostrum ordinem scripta est, in populum Romanum transferre conentur. — Non enim debeo dubitare, judices, quin, si qua ad vos causa hujusmodi delata sit ejus, qui lege non teneatur, etiam si is invidiosus, aut multis offensus videatur, etiam si eum oderitis, etiam si inviti absolutnri sitis, tamen absolvatis: Est enim sapientis judicis, cogitare, tantum sibi a populo Romano esse permissum, quantum commissum et creditum sit.

1) Welcker letzte Gründe über Recht, Staat und Strafe. S. 509.

2) z. B. Comment. Lib. IV. §. 11. Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus

finden wir, daß durch Vermittelung des Prätors und der practischen Juristen das Recht erweitert und ergänzt wurde und so wie wir im Civilrecht durch analoge Anwendung der Gesetze actiones utiles entstehen sehen, so wurden auch im Strafrecht nicht selten ad exemplum legis Erweiterungen der ursprünglichen Bestimmungen der Lex vorgenommen. Es entstehen crimina extraordinaria, und veränderte Verhältnisse machten es nothwendig, daß man von dem ältern ordo exercendorum publicorum judiciorum hinsichtlich der cognitio, probatio und poena [1]), von den Bestimmungen der einzelnen Leges abwich (extra ordinem cognoscere, probare, punire); auch läßt sich nicht leugnen, daß manche Bestimmungen einzelner Leges, vorzüglich was das Strafverfahren betrifft, eine allgemeinere Bedeutung erhielten, andere für unanwendbar gehalten wurden und so die verschiedenen Bestimmungen der Leges publicorum judiciorum mehr zu einem allen Verbrechen gemeinschaftlichen Verfahren vereinigt wurden [2]), wodurch man dem Mangel eines allgemeinen Strafgesetzbuches abzuhelfen suchte. Von der andern Seite würde man aber auch wieder zu weit gehen [3]), wenn man die Behauptung auf-

proditae erant, — vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur: unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum fuit, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod Lex XII. tabb. ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

1) L. 15. §. 1. D. ad Sctum Turpill. (XLVIII. 16.) L. 1. §. 3. D. de poen. (XLVIII. 19.) L. 8. D. de public. jud. (XLVIII. 1.)

2) Allgemeinere Grundsätze enthielt wohl schon die Lex Julia publicorum judiciorum. Vergl. L. 3. 12. §. 2. D. de accusat. (XLVIII. 2.) L. 1. §. 2. L. 2. L. 3. §. 5. L. 4. 5. 13. 14. 20. D. de testib. (XXII. 5.) Vergl. Roßhirt im N. Archiv des Criminalrechts. XI. S. 376 ff.

3) Mittermaier im N. Arch. X. S. 545.

stellen wollte, daß die Römer Bestimmungen, welche vielleicht in mehrern einzelnen Leges vorkamen, ohne Weiteres auf alle crimina zur Anwendung gebracht hätten, nachdem eigentlich alle crimina zu extraordinariis geworden seyen; denn daß der Unterschied zwischen crimina publica und extraordinaria auch practische Bedeutung behielt, läßt sich bei der strengen Sonderung derselben in den Systemen und noch in den Digesten, bei den sich oft wiederholenden Bemerkungen der Römischen Juristen, es finde zwar bei diesem Vergehen accusatio u. s. w. Statt, es sey aber kein judicium publicum, endlich bei den mehrfach von spätern Kaisern gemachten Bestimmungen, es solle ein gewisses Vergehen als crimen publicum betrachtet werden, gewiß nicht verkennen, und es darf nur beiläufig an die verschiedenen Folgen der condemnatio in judicio publico und extraordinario erinnert werden. Wir müssen daher zum Wenigsten sehr vorsichtig mit dergleichen generellen Behauptungen seyn; wir dürfen nicht ohne trifftige und bündige Beweise dem neuern Römischen Rechte die Änderung specieller Bestimmungen in solche, die bei allen Verbrechen zur Anwendung gebracht worden wären, unterschieben. Und so glauben wir denn auch der Behauptung, daß die Römer wenigstens in der späteren Zeit eine allgemeine Regel über die Bestrafung des Versuchs gehabt hätten, mit Grund widersprechen zu können.

§. 55.

Nach einer gewöhnlichen und in die meisten Lehrbücher übergegangenen, besonders in der mit so viel Scharfsinn und Gelehrsamkeit geschriebenen Preisschrift [1]) des zu früh der Wissenschaft entzogenen Cropp ausgeführten Meinung,

1) Cropp, de praecept. juris Rom. circa puniend. conatum. Sect. I. Bei den einzelnen Verbrechen ist diese Ansicht durchgeführt in der Sectio II.

soll nämlich das (neuere) Römische Recht den Versuch bei allen criminibus publicis und zwar — was jedoch noch nicht hierher gehört — wie das consummirte Verbrechen selbst bestrafen, dagegen bei den Privatdelicten und meistens auch bei den criminibus extraordinariis den Versuch gar nicht als strafbar betrachten [1]). Im Ganzen ist dies dieselbe Ansicht, welche schon seit der Glosse, nur etwas unbestimmter dahin ausgedrückt wurde, daß das Römische Recht einen Unterschied zwischen crimina atrociora und leviora mache und bei jenen den Versuch überhaupt, bei diesen aber gar nicht bestrafe.

§. 56.

Was die Glosse betrifft, so wird schon zu dem Ausspruche der L. 1. §. 1. D. Quod quisq. jur. (II. 2.) über die Straflosigkeit des Versuchs (quid enim obfuit conatus

1) Cropp l. c. p. 51—71. Die crimina extraordinaria sind, wie schon anderswo bemerkt worden ist, von Cropp sehr dürftig behandelt. Auch darf nicht unerwähnt bleiben, was Cropp p. 74. sagt: „ex sententia legum (dabei ist vorzüglich die Analogie von L. 20. C. de furt. VI. 2. gemeint) eum judicem decreturum existimaverim, qui et crimina extraordinaria inchoata ex jure Romano puniri jusserit; praesertim cum edictum D. Hadriani (L. 14. D. XLVIII. 8.) de voluntate delinquendi punienda ad omnia maleficia pertineat." Vergl. Welcker letzte Gründe über Recht S. 555 f. Roßhirt Lehrb. des Criminalr. §. 47. Hepp Versuche S. 285. Bauer Lehrb. §. 70. (63.) Note b. Schröter Hdb. des peinl. Rs. I. S. 123 f. Gar nicht oder wenigstens nicht bestimmt erklären sich über die Gränzen der Strafbarkeit des Versuchs nach Römischem Rechte Tittmann Hdb. der Strafrsw. I. §. 96 ff. Martin Criminalr. §. 49. 61. Henke Hdb. des Criminalrs. I. S. 253 ff. Kleinschrod systemat. Entwickel. I. S. 58 ff. Mittermaier Beiträge zur Lehre vom Versuche N. Arch. Bd. I. S. 163 ff. S. jedoch Denselb. im N. Arch. Bd. X. S. 543 ff. — Feuerbach Lehrb. §. 42. Meister princ. jur. crim. §. 37.

cum injuria nullum habuerit effectum?) bemerkt: Non nocere conatum, nisi sequatur effectus. Dem stehe aber entgegen ff. de extraord. crim. l. fin. in pr. et. C. si quacunq. praed. pot. l. 1. in pr. sed ibi propter enormitatem criminum. Item contra arg. C. de furt. l. si quis. Sed illud ideo, quia tale delictum de levi poterat trahi in exemplum [1]). Es werden also schon hier die scheinbar widersprechenden Stellen des Römischen Rechts dahin zu vereinigen gesucht, daß die einen von schweren, die andern von leichtern Delicten zu verstehen seyen. Als Parallel-Stellen zu der L. 1. D. quod quisq. jur. werden citirt: L. si se (4.) §. condemnatum (6.) de re jud. L. pen. §. docere (2.) Ne quis eum qui in jus voc. L. 1. §. haec verba (5.) Ne vis fiat ei, qui in poss. L. Nomine filiar. (164.) §. habere (2.) de V. S. und andere angeführt, um den Satz „verba cum effectu accipienda sunt" zu erläutern. — Bei der berühmten L. 14. D. ad L. Corn. de sic. („In maleficiis voluntas spectatur non exitus") werden mit contra angeführt: L. cogitationis D. de poen. und die cit. L. 1. quod quisque juris, ohne jedoch einen Versuch zur Vereinigung zu machen. So viel scheint indeß gewiß zu seyn, daß die Glosse die Stelle auf den Gegensatz von Versuch und Vollendung beziehen will, indem sie die beiden Fälle: deliquisti sed noluisti und delinquere voluisti, sed non perfecisti einander gegenüberstellt. — Am deutlichsten spricht aber die Glosse [2]) ihre

1) Die Glosse scheint hiermit den von Justinian in L. 20. C. cit. angeführten Grund andeuten zu wollen: „ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui facile possit corrumpi, hoc facere pertentet."

2) Vergl. auch Azo Comment. in Codicem. ad L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. „Cogitaverit. Sacramentum dando vel accipiendo, et ita processit quodammodo ad actum. Secus si non processisset aliquo modo. ut ff. de poen. l. cogitationis. Idem

Ansicht über die Strafbarkeit des Versuchs nach Röm. Recht bei der L. si quis non dicam rapere (5.) Cod. de episc. et cleric. aus. — Es heißt daselbst: ità lege: Si quis ausus fuerit, non dicam rapere, sed attentare tantum matrimonii jungendi causa. et secundum hoc est contra ff. de poenis l. cogitationis. et ff. ad l. Corn. de fals. l. qui falsam. Ad quorum contrariorum solutionem sic distingue: aut quis cogitavit tantum delinquere et ad actum non processit: et tunc non punitur. ita loquitur ff. de poen. l. cogitationis. nam primi motus non sunt in potestate nostra. aut ad actum processit, et tunc aut perduxit ad effectum, et indubitanter punitur, sive utatur, sive non. ut ff. quod quisque jur. l. III. in princ. aut non perduxit, et tunc aut quia noluit: et hoc casu ei parcitur. et sic loquitur ff. ad l. corn. de fals. l. qui falsam. et ad ff. ad Turpill. l. quaesitum. aut quia non potuit, et *tunc aut erant atrociora,* et hoc casu punitur, ac si ad effectum perduxisset, ut hic, et infr. si quacunq. praed. potest l. 1. in pr. et ff. de extraord. crim. l. 1. *aut non erant atrociora:* et hoc casu non punitur. ut ff. quod quisq. jur. l. 1. §. fin. et hoc casu aut non desiderant juris efficaciam, aut desiderant. et hoc casu quis non punitur. infr. si mancip. ita fuer. alien. l. ea quidem.

§. 57.

Von den ältern italiänischen (practischen) Schriftstellern ist einer der vorzüglichsten Albertus Gandinus [1]).

est ff. de extraord. crim. l. 1. — Quaedam crimina non sunt ita enormia. Licet enim perveniatur ad actum, si non perfecit, non punitur. ut ff. ad L. Corn. de fals. L. qui falsam."

1) Tractatus maleficiorum. (geschrieben wahrscheinlich im J. 1262.) Venet. 1494. fol. Vergl. v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts.

Derselbe kömmt in der Rubrica de penis reorum fol. 23b, nachdem er vom Begriff der Strafe (die er als öffentliche Genugthuung 1) betrachtet), von der Zurechnung, den verschiedenen Begehungsarten (dicto, scripto, facto et consilio) und den Erschwerungsgründen gesprochen, hinsichtlich der Zufügung der Strafe zu folgenden Unterscheidungen: Aut quis cogitat, agit et perficit, aut cogitat, et agit nec perficit, aut non cogitat et agit et perficit, aut nec cogitat, nec agit nec perficit. Hinsichtlich des Falles „Si cogitavit et egit sed non perfecit" trägt er dann folgende Theorie vor: Sey der Grund, quod noluit, venia dignus est, ut ff. de fal. l. quod falsam (qui falsam L. 19?). Si autem, quod non potuit, punitur: quod in maleficiis voluntas spectatur non exitus: ut ff. de sicar. L. Divus et ff. ad L. Pomp. de parric. L. 1. et Cod. de episc. et cler. L. si quis non dicam. et Cod. de furt. L. si quis et ff. de extraord. crim. L. 1. — Sed quod supra dictum est, fallit in uno casu speciali: ut ff. quod quisq. jur. L. 1. in fin. quod ideo contingit, quia verbum statuit rem perfectam signat, ut ibi dicitur, et intelligas egit et non perfecit, i. e. ad aliquem actum

Bd. V. S. 491. Es ist dieses Werk von Gandinus die älteste abgesonderte Bearbeitung des Criminalrechts, die uns erhalten ist. Von dem vielleicht von ihm benutzten Werk seines Vorgängers Rolandinus de Romanciis de ordine maleficiorum haben noch keine Handschriften aufgefunden werden können. Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 488. 493.

1) Poena, sagt Gandinus, est delicti vel pro delicto satisfactio, quae propter delicta imponitur, a lege vel a ministro legis. — — quia publice interest, ne maleficia remaneant impunita. Ebenso Duranti Specul. juris. Francof. 1612. fol. Lib. III. Rubr. de criminib. „quia Reipublicae utile est, ne maleficia remaneant impunita." Spätere, wie z. B. Damhouder Prax. rer. crim. in prooem., führen daneben noch mehrere bestimmte Strafzwecke an. — cf. Jacob de Belvisio Pract. crim. cap. III. Nr. 68. 71.

pervenit. — Man sieht hieraus, daß Gandinus, der überhaupt selbständig prüfend auftritt, auch hier seine eigene Meinung über das Römische Recht ausspricht. Er nimmt den Ausspruch Hadrians für eine allgemeine Regel, welche allgemein die Strafbarkeit des Versuchs aufstelle, und läßt die L. 1. D. Quod qu. jur. nur als eine Ausnahme davon gelten. Indessen trägt er doch auch die Theorie der Glosse vor, indem er hinzusetzt: Vel subdistingue, quod aut cogitavit et ad actum processit et per eum non stetit et fuit de maleficiis atrocioribus et tunc punitur per jura praedicta, ut Cod. Si quac. praed. pot. L. 1. — aut non erat de maleficiis atrocioribus et tunc (non) punitur per jura praedicta ut d. l. quod quisq. jur. L. 1. in fin. [1]). Offenbar kann es nur ein Druckfehler seyn, wenn das in Klammern eingeschlossene non sich im Texte nicht findet, wie auch aus dem Ende der vorhergehenden Note ersichtlich ist.

§. 58.

Jacobus de Belvisio (oder de Bello-Visu) ein Zeitgenosse von Albertus Gandinus, behandelt in seinem Tractatus de diversis criminibus [2]), bei Gelegenheit

1) Diese Theorie wendet er dann später Rubr. de homicidiariis fol. 31b auch bei Beantwortung der Frage an, ob der Mandator caedis bestraft werden könne, wenn der Mandatar den Auftrag nicht ausführte. Nach Vorbringung mehrerer Zweifelsgründe sagt er: tamen non putarem delinquere judicem, sed bene agere. si in casu supposito vel simili puniret extra ordinem crimine stellionatus. Nam ubicunque dolus inest, nec poena est determinata, extraordinarie imponitur ut ibidem dicit Thomas. — vel dic, — quod aut delictum est maximum ut homicidium, et tunc puniar ego tanquam homicida ut l. 3. de extraord. crim. — aut non est maximum et tunc non per alia jura. (Mit Beruf. auf die Rubr. de penis.)

2) In der Sammlung der ältern criminalistischen Werke von Franciscus Modius. Francof. 1587. Tom. I. p. 245 sqq.

der Injurie, die Frage über die Strafbarkeit des Versuchs. Er fordert [1]), quod injuria fuerit facta vel dicta effectualiter. Die L. divus D. ad leg. Corn. de sicar., sagt er, wonach voluntas non exitus requiritur, sey zu verstehen von magnis criminibus, in quibus voluntas et conatus pro facto reputatur. Hic autem loquimur de modicis, in quibus effectus requiritur. Später stellt er wieder den Satz auf: Conatusnon nocet, nisi sequatur effectus [2]), ausgenommen bei denjenigen Delicten, bei welchen nach den Gesetzen voluntas spectatur non exitus. Endlich kömmt er [3]) bei der nähern Betrachtung der Regel: sola cogitatio non punitur zur Aufstellung der vier auch von Gandinus unterschiedenen Fälle, wobei er hinsichtlich des casus: quando cogitat et agit sed non perficit mit der Glosse distinguirt: non perficit, quia noluit [4]) aut quia non potuit und hinsichtlich des letztern Falles wieder die Subdistinction macht: aut loquimur in criminib. privatis et non atrociorib. et tunc, ille qui non perfecit, quia non potuit, non tenetur, nec civiliter nec criminaliter, et hoc probat lex, quae loquitur indistincte D. de furt. L. vulgaris. (21.) §. qui furti (7.) et D. de injur. L. item ap. Labeon. (15.) §. si curaverit (10.) et D. de privatis delict. L. fin. Nec mirum, quia poena civilis seu pecuniaria est introducta propter

1) Lib. I. Cap. III. nr. 74. 75.

2) Lib. I. Cap. XIII. nr. 2.

3) Lib. III. cap. XXVI. nr. 2 — 8.

4) In dieser Hinsicht tadelt er die Glosse, daß sie indistincte sage: quod non punitur. Man müsse unterscheiden, ob der actus cadit in speciem delicti, oder ob dies nicht der Fall sey. Aus den angeführten Beispielen ersieht man, daß er die an sich ganz richtige Bemerkung machen will, daß bei denjenigen Delicten, die zu ihrem Thatbestand keinen äußern rechtswidrigen Erfolg erfordern, der Nichteintritt eines Schadens nicht Straflosigkeit bewirken könne.

damnum privati, hoc est, ad resarciendum damnum privatorum sic ut intersit privati principaliter, reipublicae vero secundario tantum: — sed ubi delictum non fuit consummatum, non fuit damnum datum, ergo etc. Sed poena criminalis fuit inventa principaliter, propter malos mores hominum corrigendos. — Aut loquimur in atrocioribus et publicis criminibus et tunc punitur, ut Cod. de his, qui ad eccles. confug. L. praesenti 6. circa princ. et de Episcop. et cleric. L. si quis non dicam (5.) et D. ad L. Pompej. de parr. L. finali. (L. 7.?)

§. 59.

In des Angelus Aretinus Tract. maleficiorum [1]) habe ich keinen bestimmten Ausspruch über die Strafbarkeit des Versuchs im Allgemeinen finden können, sondern nur eine gelegentliche Äußerung über die relative Strafbarkeit in Beziehung auf das Verbrechen der Tödtung. Dasselbe gilt von der Practica causar. crim. des Hippolytus de Marsiliis [2]), welche fast nur processualische Fragen behandelt. Dagegen spricht sich Claudius de Battandier [3]) kurz darüber aus, indem er sagt, daß aliquando in maleficiis de jure communi solus affectus sine effectu (quasi Cynica severitate) bestraft werde, ut in delictis atrocioribus, und nach Anderer Meinung auch in delictis minoribus, si ad actum proximum sit deventum, auf die weitere Ausführung des Albertus Gandinus verweisend [4]). Nicht so deutlich, sondern mehr nur über die

1) Mit den Additiones des Augustinus de Francischis d'Ariminio gedruckt zu Venedig 1484. gr. fol.

2) In der Sammlung von Franc. Modius Tom. I. p. 347 sqq.

3) Causar. crim. praxis. Regul. CXIX. bei Franc. Modius Tom. I. p. 579.

4) Ebenso in der Summa criminalium D. Cyrilli. Venet. 1568. Secund. Part. de publ. judic. §. 4. p. 112.

relative Strafbarkeit des Versuchs und darüber, ob sola cogitatio gestraft werden könne, behandelt Aegidius Bossius [1]) die Frage, wie weit das Römische Recht oder bei welchen Delicten dasselbe den Versuch für strafbar halte.

§. 60.

Abweichend von seinen Vorgängern spricht sich der berühmte Julius Clarus über die Frage aus [2]). Er stellt es nämlich als eine Regel des jus commune auf, daß der affectus et conatus ad delinquendum, etiam si non sequatur delictum, bestraft werde, wovon jedoch die generalis consuetudo seiner Zeit abweiche. Was er sonst noch sagt, bezieht sich eben auf die Ansichten seiner Zeit und seine eigene Meinung über die Strafbarkeit des Versuchs und wird bei einer andern Gelegenheit erwähnt werden müssen. Überhaupt scheint im 16. Jahrhundert die Ansicht von Mehreren getheilt zu werden, daß das Röm. Recht jeden Versuch des Verbrechens für strafbar halte, und nicht blos bei den delictis atrocioribus. Dies scheint namentlich die Meinung des großen Cujacius zu seyn [3]), wobei er sich besonders auf die Äußerungen nicht juristischer Römischer Autoren, wie Servius, Seneca und Quinctilian beruft. Doch fügt er hinzu: Et illa quidem generalis definitio sane certissima est in atrocioribus criminibus [4]). Ebenso hält es auch Jacob. Gothofredus für ein allgemeines Princip des Röm. Rechts, daß der Versuch überhaupt gestraft werde, und bemerkt ausdrücklich: Quae sane omnia non in atrocibus tantum delictis sed

1) Practica et tractatus varii seu quaestiones — criminalem materiam continentes. Basil. 1578. fol. Tit. de homicid. Nr. 4.

2) Jul. Clarus Sententiar. Lib. V. §. finalis. Quaest. 92.

3) Cujacius Observ. Lib. VIII. c. 22. Lib. XV. c. 25. Lib. XIX. c. 10.

4) Observ. Lib. XV. c. 25.

omnibus obtinent [1]). — Derselben Meinung scheint im Ganzen auch der Niederländer Jodoc. Damhouder zu seyn [2]). Dagegen erklärt sich Anton. Matthaeus in seinem bekannten Tractat de criminibus für die gewöhnliche Lehre, daß das Römische Recht hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuchs zwischen graviora und leviora delicta unterscheide [3]), auf diese Weise die L. 14. D. de sicar., welche den Versuch überhaupt für strafbar erklären soll, beschränkend. Doch scheint er etwas schwankend in seiner Ansicht gewesen zu seyn, indem er bei andern Gelegenheiten, wo er von einzelnen Verbrechen spricht, sich zu der Meinung hinzuneigen scheint, daß es einer ausdrücklichen Bedrohung der Versuchshandlungen bedurft habe [4]).

§. 61.

Der Erste, welcher sich gegen die gewöhnliche Ansicht, daß das Römische Recht eine allgemeine Regel über die Strafbarkeit des Versuchs enthalte, ausführlicher ausspricht, ist Bynkershoek [5]). Er stellt den Satz auf: Non est verum, Jure Romano crimina solo animo censeri ac puniri. Contra dixerim, eo jure animi propositum, effectu destitutum, non coërceri, nisi in quibusdam delictis, in quibus specialiter id recepit publica uti-

1) S. Jac. Gothofredus ad L. 1. Theod. Cod. Ad L. Jul. de ambitu.

2) Praxis rer. criminal. cap. 67. nr. 13.

3) de criminib. Lib. XLVIII. tit. 18. cap. IV. Nr. 13.

4) Lib. XLVIII. Tit. V. Cap. III. No. 10. „Quoniam L. Julia de facto duntaxat adulterio locuta est, Cornelia vero nominatim conatum quoque complexa est.“ — Ibid. Tit. III. Cap. II. No. 6. „Itaque et dictum Hadriani: „In maleficiis voluntas spectatur“ ad Legem Corneliam potissimum pertinet, eoque titulo relatum est.

5) Observ. III. c. 10.

litas. Er geht dann aus von der Stelle des Saturninus L. 16. pr. D. de poenis, wonach aut facta, aut dicta, aut scripta, aut consilia puniuntur, beschränkt den letztern Ausdruck auf die von Saturninus angeführten Beispiele und macht, nachdem er die einzelnen Bestimmungen mehrerer Leges publicorum judiciorum hervorgehoben hat, die Bemerkung, daß es nicht nöthig gewesen sey, in den einzelnen Gesetzen den Versuch zu bedrohen, wenn die Römer denselben überhaupt für strafbar gehalten hätten. In Beziehung auf die L. 14. D. ad L. Corn. de sicar. bemerkt er gegen Cujacius Obs. XIX. c. 10., welcher sie von allen Verbrechen versteht: Sed ego non dubito quin ea Lex 14. sit intelligenda non de quocunque maleficio, at de maleficio, quod ita per eminentiam dicitur, et quod damnatur in Tit. C. Th. et Just. de maleficis et mathematicis. Denn diese seyen ausdrücklich in der Lex Corn. de sicar. mitbedroht. Dann sagt er weiter:

Ideo autem haec disputata sunt, ne, ut vulgo, credamus, juris Romani regulam esse, in omnibus criminibus animum pro facto accipi, neve etiam constituamus, id utique obtinere in gravioribus, non in levioribns, quemadmodum constituit Cujacius Lib. XV. Obs. c. 25. et post eum plurima pars interpretum; namque illo errante difficile erat viam rectam tenere. Nolim, inquam, ita constitui, cum lubrica sit definitio, ecquod crimen sit habendum pro atrociori, ecquod pro leviori; quis enim arbiter id dixerit: nec ita Leges loquuntur. Sic potius est habendum: voluntas in criminibus, quaecunque tandem illa sint, non punitur, nisi si qua lege id specialiter placuerit. Endlich bemerkt er noch am Schluß — videndae sunt species voluntatis, quas — Lex expressit: et magna cautione opus est, ne haec temere extendamus.

Derselben Meinung wie Bynkershoek ist Nordkerk [1]).

§. 62.

In Deutschland scheint bis auf die neuere Zeit die Ansicht der Glosse und der ältern Italiänischen Criminalisten herrschend gewesen zu seyn [2]). Die Criminalisten des 17 und 18. Jahrh. behandeln aber gewöhnlich nicht sowohl die Frage, wann überhaupt der Versuch nach Römischem Rechte gestraft werden könne, sondern vielmehr nur die, ob die ordinaria poena delicti beim Conatus zulässig sey, wobei dann, wie bei den Italiänern, viel von der communis opinio und consuetudo generalis oder totius mundi die Rede ist; so bei Blumblacher [3]), Granz [4]), Carpzov [5]), welcher die Frage nicht allgemein, sondern nur in Beziehung auf bestimmte Verbrechen betrachtet, Kreß [6]), welcher die ganze Lehre mit etwas mehr Selbständigkeit behandelt, und Samuel Friedrich v. Böhmer [7]), welcher zuerst den Begriff des Versuchs genauer zu bestimmen bemüht ist. Eine gründlichere Betrachtung des Römischen Rechts findet sich bei keinem dieser Schriftsteller.

§. 63.

Weit mehr befassen sich die neuern Italiänischen Schriftsteller mit einer nähern Betrachtung des Römischen

1) Observat. cap. 10. Amstel. 1731. p. 181.

2) S. jedoch Leyser Medit. ad Pand. Vol. IX. spec. 602. und Puettmann Elem. jur. crim. §. 32. 58. welcher die Ansicht Bynkershoeks billigt.

3) Commentar. in Kayser Carl V. P. Halsger. Ordn. Salzb. 1670. ad art. 178.

4) Defensio inquisitor. Cap. VI. Membr. II. Sect. 2. Art. 11.

5) Practica rer. crim. Qu. 17. 61. 66. 76. u. a. m.

6) Comment. succinct. ad C. C. C. ad art. 178.

7) Meditat. in C. C. C. ad art. 178.

Rechts. Vor Allen gilt dies von einem von den Deutschen Criminalisten wenig beachteten Werke des Alberto de Simoni[1]), dessen erster Theil die allgemeinen Principien aufstellt, während der zweite Theil die Sache in Beziehung auf die einzelnen Delicte behandelt. Vorzüglich gehören die vom Römischen Recht handelnden Kapitel I und II. hierher, worin Simoni gründlich nachweist, daß es ein Irrthum sey, wenn die Rechtslehrer eine allgemeine Regel über die Bestrafung des Versuchs im Röm. Rechte gefunden hätten[2]). Vor ihm hatte schon Cremani[3]) dieselbe Ansicht vertheidigt, und beide stützen sich hauptsächlich auf Bynkershoek[4]). Dasselbe geschieht von Renazzi[5]). In der neuesten Zeit hat, wie schon erwähnt wurde, vorzüglich Cropp in der bekannten Preisschrift[6]) aus dem Röm. Recht eine allgemeine Regel abzuleiten gesucht. Gute Ausführungen gegen ihn enthalten die Arbeiten von

1) Trattato dei delitti di mero affetto. II Theile. Como 1783. 1784.

2) S. insbesondere P. I. p. 31. wo Simoni von der L. 14. D. ad L. Corn. de sic. spricht. Abbiamo in un luogo dei Digesti la sentenza in miglior proposito detta dal Giureconsulto Callistrato, che in maleficiis voluntas spectatur non exitus. Questo testo, che cosi tronco e mutilato riportò, e conservò Giustiniano dove parla espressamente dei Sicarj, e dei Venefici, benchè altrove dovesse avere il suo proprio luogo, trasse in errore pressochè tutti gli interpreti in credere, che generalmente fosse regola del Diritto Romano doversi ne' delitti più riguardare la volontà, l'intenzione, e l'affetto dell' agente, che l'effetto dell' azione, perchè loro sembrò, come credette il medesimo Cujaccio, che di tutti i delitti indistintamente intendere si dovesse il citato testo; e se errò il Cujaccio è tanto più scusabile l'errore degli altri.

3) De jure crim. Lib. I. Part. I. c. 4. §. 50.

4) Simoni l. c. p. 52 sqq.

5) Element. jur. crim. Lib. I. cap. IV. §. 5.

6) Praecepta jur. Rom. circ. pun. conat. p. 51 seq.

Lelièvre[1]) und Sanio[2]), und manches Gute auch von Ketelhodt[3]).

§. 64.

Wenden wir uns nun, nach dieser kurzen Literärgeschichte, selbst zur nähern Betrachtung des Römischen Rechts und werfen zunächst einen Blick auf das älteste Recht vor und zur Zeit der XII Tafeln, so finden wir unter den dürftigen uns erhaltenen Fragmenten nirgends den geringsten Beweis, daß die Römer auch den bloßen Versuch für strafbar gehalten hätten. Freilich sehen wir einige Handlungen mit Strafe bedroht, die als Versuch der Tödtung oder anderer Verbrechen aufgefaßt werden können, allein gerade deshalb, weil sie als eigne Verbrechen galten, kann daraus für die Strafbarkeit des Versuchs durchaus nichts abgeleitet werden, und in andern Fällen geht aus der Bedeutung der angeblichen alten Gesetzesworte hervor, daß nur die mit einem gewissen Erfolg oder äußern Merkmalen begleitete Handlung der Strafe unterlag. — So referirt uns Festus[4]), ein Gesetz des Numa habe gelautet: Si quis hominem liberum sciens morti duit parricida esto. Er führt dieses Gesetz zum Beleg für seine Behauptung an, daß Parici quaestores überhaupt die Richter in Capitalsachen gewesen seyen, denn parricida habe jeder geheißen, der einen Bürger getödtet. Viele glauben, dieses Gesetz des Numa sey in die XII Tafeln von den Decemvirn aufgenommen worden, was freilich möglich, aber durchaus nicht bewiesen ist[5]). Jedenfalls verlangt das Gesetz den Tod

1) Comm. de conatu delinq. p. 65 seq.

2) Diss. ad L. Corn. de sic. p. 86 seq.

3) Comment. de consummat. delictor. Gött. 1826.

4) de verb. signific. s. v. Parici quaestores.

5) Vergl. Dirksen Übersicht der bisherigen Versuche ꝛc. Leipzig 1824. S. 44. 45.

als Erfolg, und wir kennen kein Gesetz der XII Tafeln, welches auch nur den Versuch der Tödtung allgemein bedroht hätte [1]). Was diese Gesetzgebung über das dem Bestohlnen zugestandene Tödtungsrecht des nächtlichen oder sich mit Waffen vertheidigenden Diebes enthalten haben soll [2]), gehört gar nicht hierher, weil von Strafe dabei nicht die Rede seyn kann. — Nach Plinius d. Ä. [3]) haben die XII Tafeln denjenigen bedroht Qui fruges excantasset und denjenigen, Qui malum carmen incantasset; auch scheint der Umstand, daß Gajus in seinem Commentar zu den XII Tafeln den Ausdruck malum venenum erklärte [4]), darauf hinzudeuten, daß etwas über die Vergiftung in jenem Gesetze vorkam; und wenn man den Versuchen zur Wiederherstellung der XII Tafeln mehr Gewicht beilegt, als man billiger Weise sollte, so läßt sich vielleicht mit einigem Schein die Hypothese aufstellen, daß nach den XII Tafeln der Versuch Jemanden durch Gift oder Zaubergesänge das Leben zu rauben, mit dem Tode bestraft worden sey, und Mancher ist auch vielleicht geneigt, mit Cropp [5])

1) Sanio ad L. Corn. de sic. p. 74.

2) Paulus S. R. Lib. V. tit. 23. §. 9. Collatio LL. Mos. et Rom. Tit. VII. §. 2. 3. Gellius N. A. XI. 18. L. 4. §. 1. D. ad L. Aquil. IX. 2. L. 54. §. 2. D. de furt. (XLVII. 2.) L. 9. D. ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) Vgl. Abegg Untersuch. aus dem Gebiete der Strafrechtsw. Breslau 1830. Abhandl. II. §. 67. 109. Gleichgültig ist es daher auch, ob man die Frage: Erlaubten die XII Tafeln den Dieb auch vor vollbrachter Entwendung zu tödten? bejaht oder verneint. Ersteres geschieht von Sanio ad L. Corn. de sicar. p. 75.

3) Hist. natur. Lib. XXVIII. c. 2. Vergl. auch über das nächtliche Abweiden und Abschneiden der Feldfrüchte, ebendas. Lib. XVIII. c. 3. und darüber Welcker letzte Gründe S. 542. 543. Gegen dessen Folgerungen Cropp de praecept. II. p. 64.

4) Cf. L. 236. D. de V. S.

5) l. c. II. p. 65. Hinsichtlich des fruges excantasset (nach der

noch einen Schritt weiter zu gehen, welcher sagt: Quibus ex rebus hoc per conjecturam assequi nos posse arbitror, omnem hominis interficiendi voluntatem, cum actu quodam externo ad nocendum comparato conjunctam, poena capitali ex legum decemviralium sententia fuisse vindicandam. Freilich eine nach unserer Ansicht sehr gewagte Conjectur!

§. 65.

Wie wir aus des Portius Latro Declamatio in Catilinam c. 19. wissen, verboten die XII Tafeln und später eine Lex Gabinia nächtliche und überhaupt alle geheimen Zusammenkünfte in der Stadt bei Todesstrafe, wobei sich die Lex Gabinia auf den mos majorum berufen haben soll. Es spricht sich hier schon die Ansicht aus, die wir auch in spätern Römischen Gesetzen [1]) hervortreten sehen, daß Handlungen, welche an sich nichts Widerrechtliches enthalten, aber häufig oder gewöhnlich mit verbrecherischen Absichten verbunden sind, vom Gesetzgeber an und für sich durch eine dem wirklichen Verbrechen gleiche Strafe zu verhüten seyen, um den Beweis des dolus malus überflüssig zu machen und den die Ruhe des Staats bedrohenden Gefahren auf diese Weise desto kräftiger vorzubeugen. Um so weniger dürfen wir uns wundern, wenn wir hören, daß wirkliche hochverrätherische Verschwörungen mit dem Tode bestraft worden sind, während die auch den XII Tafeln ausdrücklich zugeschriebene Bestimmung, daß derjenige, qui

Restitut. von Bouchaud: Qui fruges excantasit Ceresei necator) gesteht Cropp selbst zu, der Ausdruck excantasit bezeichne rem perfectam und sey de consummata non coepta injuria zu verstehen. Dessenungeachtet soll schon der bloße Versuch strafbar gewesen seyn, weil auch durch ihn die Göttin beleidigt werde! Cropp II. p. 40.

1) Man vergl. insbesondere die Bestimmungen der Leges Juliae de vi, Corneliae de falsis etc.

hostem concitaverit, quive civem hosti tradiderit, mit dem Tode bestraft werde [1]), auch nach unserer Ansicht über die Vollendung des Hochverraths nicht als Beispiel für die Bestrafung des bloßen Versuchs angeführt werden kann. Ebensowenig läßt sich aus der Bestimmung der XII Tafeln über das falsum testimonium [2]) etwas für die Strafbarkeit des Versuches beweisen und noch weniger aus der Verordnung über den bestochenen Richter, welcher Geld empfangen haben muß, um strafbar zu seyn [3]).

§. 66.

Daß schon die XII Tafeln eine Bestimmung über das dolose und culpose incendium enthalten hätten, ist mit Berufung auf L. 9. D. de incendio bisher gewöhnlich angenommen worden. Man stützt sich deshalb hauptsächlich auf die Inscription dieser Stelle: Gajus Libr. IV. ad Leg. XII Tabb. und geht dabei von der Voraussetzung aus, daß von all den Dingen, die Gajus in seinem Commentar bespreche, doch auch wohl in den XII Tafeln die Rede gewesen sey. Daneben hat man sich auf das gedrohte Strafübel, welches dem Zeitalter der Decemvirn ganz entspreche, und die Art des Ausdrucks gestützt, welche mehr der Sprache eines Gesetzes als der Relation eines Schriftstellers über Gewohnheitsrecht entspreche [4]). Wie unzulänglich diese Beweise seyen, hat neuerlich der verdienstreiche Wächter gründlich gezeigt [5]). — Mag sich nun aber die Sache verhalten wie

1) L. 3. pr. D. ad L. Jul. majest.

2) Gellius N. A. XX. 1. in fin.

3) Gellius l. c. in princ. Nisi duram esse legem putas, quae judicem arbitrumve, jure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punitur. Dirksen Übersicht der bisherigen Versuche. S. 650.

4) Dirksen a. a. O. S. 551.

5) Wächter de crimine incendii Sect. I. p. 7 seq.

sie wolle, so wird jedenfalls wirkliches Brennen oder Verbrennen eines Gebäudes oder eines acervus frumenti juxta domum positus verlangt, und Nichts berechtigt uns zu der Annahme, daß auch ein bloßer Versuch der Brandstiftung bestraft worden sey [1]).

§. 67.

Wir übergehen vor der Hand die Bestimmungen der XII Tafeln über die s. g. delicta privata und wenden uns zur Betrachtung der spätern Leges publicorum judiciorum, bei welchen wir durchgängig die Erfahrung bestätigt finden werden, daß die Römer zwar diese oder jene Handlungen, welche wir Versuchshandlungen nennen, in der Lex ausdrücklich der gesetzlichen Strafe unterwerfen, auch wohl öfter blos die äußere Erscheinung einer That, als gewöhnliche Vorbotin eines Verbrechens, ohne Rücksicht auf die Absicht mit Strafe bedrohten, bei der Anwendung sich aber streng an das Gesetz hielten und diejenigen Handlungen nur bestraften, welche wirklich unter das Gesetz fielen. Das Abstrahiren allgemeiner Regeln aus einzelnen, wenn auch häufig wiederkehrenden Bestimmungen der Gesetze, fand in der Republik Rom niemals Statt. Eine andere Frage ist, ob nicht mehrere dieser Leges nicht sowohl etwas Neues verordneten, als vielmehr nur das herkömmliche Recht gesetzlich sanctionirten. Und dies mag wohl öfter der Fall gewesen seyn, obwohl sich auch hier keine allgemeine Regel aufstellen läßt [2]).

1) S. jedoch Cropp Sect. II. p. 82.

2) So sagt z. B. Cicero in Verrem I. c. 42. „Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures: in quibus non jus aliquod novum populo constituitur, sed sancitur, ut quod semper malum facinus fuerit, ejus quaestio ad populum pertineat.

§. 68.

Was zuerst das Verbrechen der Tödtung nach der Lex Cornelia de sicariis betrifft, so haben wir nicht blos Relationen ihres Inhalts, sondern theilweise sind uns die Gesetzes-Worte selbst erhalten. So wissen wir, daß nach dem ersten Kapitel der Lex eine Quästio Statt finden sollte [1]), *de capite ejus, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa, hominemve occiderit, cujus(ve) id dolo malo factum fuerit* [2]), und dann capite quinto [3]): *deque ejus capite quaerito, quicumque venenum malum hominis necandi causa fecit fecerit, vendidit vendiderit, emit emerit, habuit habuerit, dedit dederit* [4]). Ebenso soll quärirt werden gegen öffentliche Beamte, welche pflichtwidrig Jemanden einem judicium publicum zu unterwerfen suchen, und gegen solche, welche falsches Zeugniß ablegen in einer Capital-Sache [5]).

1) Die verba Legis s. bei Ulpianus libr. VII. de officio procons. sub tit. de sicar. et venef. in der Collatio LL. Rom. et Mos. Tit. I. §. 3.

2) Relationen des Inhalts dieses Kapitels giebt Paulus S. R. Libr. V. Tit. 23. (Collatio l. c. §. 2.) — Marcianus in L. 1. D. h. t. Vgl. auch Sanio ad L. Corn. de sic. Introduct. p. XI - XIII. — Auf dieses erste Kapitel beziehen sich auch die Äußerungen von Cicero pro Rabir. c. 6. u. pro Milone c. 4.

3) L. 3. pr. D. h. t.

4) Cf. Cicero pro Cluentio c. 54. Sanio l. c. p. XVII - XIX.

5) Daß sich dies an die Bestimmung über die Vergiftung anschloß, sagt Cicero l. c. ausdrücklich. Vergl. auch Sanio l. c. p. XIX - XXII. — Nach Marcianus L. 1. D. h. t. müßte sich die Bestimmung: Quive cum magistratus esset publicove judicio praeesset operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur, condemnaretur — dem ersten Kapitel angeschlossen haben und auf die Bestimmung über die Vergiftung gefolgt seyn: Quive falsum testimonium dolo

Alle diese Handlungen stellt das Gesetz auf gleiche Stufe der Strafbarkeit [1]). —

Auffallend kann insbesondere die Bestimmung erscheinen, daß derjenige, qui furandi causa cum telo ambulaverit, dem wirklichen sicarius gleichgestellt wird [2]). Indessen erklärt sich dies wohl daraus, daß das Gesetz hierbei eine eventuelle mörderische Absicht supponirt, indem der Dieb durch die Bewaffnung zu erkennen gebe, daß er denjenigen, welcher ihn am Diebstahl hindern werde, zu tödten gesonnen sey [3]). Das bloße Waffentragen an sich fällt aber nicht unter diese Lex [4]), auch kann sich der Angeklagte durch den Beweis befreien, se sui defendendi causa telo esse usum [5]). —

malo dixerit (die Allgemeinheit dieser Bestimmung scheint Cicero pro Cluentio c. 57. leugnen zu wollen) quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur. Quive magistratus judexve quaestionis sub capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret. Vgl. auch L. 4. pr. D. h. t.

1) Die Strafe war die aquae et ignis interdictio. Die classischen Juristen nennen gewöhnlich die Deportation. L. 3. §. 5. D. h. t. Collatio I. §. 2. S. jedoch Ulpian in der Collatio XII. §. 5.

2) Daß dies mit der Bestimmung der XII Tafeln über das Recht des Bestohlnen, den Dieb zu tödten, zusammenhänge, sucht Sanio l. c. p. 16. nachzuweisen. — Ein Unterschied liegt jedenfalls darin, daß die XII Tafeln die Bedingung stellen, si telo se defendat. L. 54. §. 2. D. de furtis.

3) Cropp l. c. II. p. 78.

4) Ulpianus in der Collatio Tit. I. §. 3. „Haec lex non omnem, qui cum telo ambulaverit, punit: sed eum tantum, qui hominis necandi furtive faciendi causa telum gesserit. Cf. Cropp II. p. 77. Sanio l. c. p. 71. 72. Not. 12.

5) Cicero pro Milon. c. 4. L. 11. §. 2. D. Ad L. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.) Daß Cicero in der Rede pro Milone (gehalten 698 U. c.) unter der Lex, auf die er sich bezieht, nur die Lex Cornelia de sicar. verstehen kann, welche in das Jahr 672 U. c. fällt, unterliegt keinem Zweifel. Sanio l. c. p. 74. Not. 22.

Mit Beziehung auf diese Bestimmungen der Lex Cornelia sagen die Römischen Juristen: In Lege Cornelia dolus pro facto accipitur [1]), und: Qui hominem occiderit aliquando absolvitur, et qui non occidit, ut homicida damnatur: consilium enim uniuscujusque non factum puniendum est [2]). Fragen wir nun, in wieweit der Versuch der Tödtung nach der Lex Cornelia strafbar war, so hat man sich ursprünglich gewiß an die Worte des Gesetzes gehalten und nur dann gestraft, wenn telum [3]) oder venenum [4]) das Mittel war, welches der Thäter zur Erreichung seines Zweckes benutzte, und wir glauben z. B. behaupten zu können, daß es Niemandem eingefallen seyn würde, Jemanden wegen eines Versuches, durch Hunger zu tödten, ex Lege Cornelia anzuklagen, während anderer Seits die Verurtheilung erfolgen mußte, sobald die Handlung unter das Gesetz fiel, ohne Rücksicht auf die Größe der Schuld, ob Jemand bloßer Gehülfe oder Urheber war. Auch kann es keinem Zweifel

1) Paulus L. 7. D. h. t.

2) Paulus Sent. rec. V. 23. §. 3. cf. Collatio Tit. I. §. 2. 3. 6. u. Tit. VIII. §. 4. — Mehrere kaiserliche Rescripte im Cod. IX. 16. Ad L. Corn. de sicar. bestätigen die practische Anwendbarkeit dieser Sätze. L. 7. „Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, vel cujus dolo malo factum fuerit commissum, legis Corneliae de sicariis poena coërcetur. — L. 8. Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressave sit: sciat se capitali supplicio esse puniendum. (Glossa. Aggressus: Etiamsi non necavit.) — L. 9. (Aus L. 4. Th. Cod. IX. 7.) Si forte mulier marito mortis parasse insidias vel quovis alio genere voluntatem occidendi habuisse inveniatur, vel si maritus eodem modo insectetur uxorem — — Cf. L. 1. §. 3. D. h. t.

3) Über die Bedeutung dieses Ausdrucks L. 233. D. de V. S. L. 11. D. ad L. Jul. de vi publ. Cropp l. c. II. p. 78. Not. 61. Sanio l. c. p. 70 seq.

4) Hierüber s. L. 3. §. 2. D. h. t. L. 236. D. de V. S.

unterliegen, daß der Anstifter eines Mordes — ohne Rücksicht auf den Erfolg — der Strafe des Gesetzes verfiel [1]. Will man die Ansichten der frühern Zeit über die Bedeutung und Anwendung des Gesetzes kennen lernen, so lese man die Reden Cicero's pro Milone (in Beziehung auf das erste Kapitel der Lex) und pro Cluentio, als Beispiel einer Anklage und Verurtheilung welche sich auf das 5te Kapitel gründete [2].

1) Das Gesetz selbst sagt: cujusve dolo malo id factum fuerit. S. oben S. 111. Note 2. L. 15. D. h. t.

2) Die Mutter des Cluentius Avitus, ein schändliches und wollüstiges Weib, (man sehe die Schilderung ders. in cap. 70.), war dreimal verheirathet gewesen, zuerst mit dem Vater des Cluentius, dann mit ihrem Schwiegersohn Melinus, welchen sie genöthigt hatte, sich von ihrer Tochter zu scheiden, und zuletzt mit dem Oppianicus, welcher den Melinus ermordet hatte. — Auf Anstiftung derselben war Cluentius angeklagt worden, daß er den Oppianicus, welcher im Exil gestorben war, vergiftet habe. Dieser Oppianicus hatte aber früher den Cluentius durch Gift aus dem Wege zu räumen gesucht, damit seine Erbschaft an die Mutter falle. Cluentius hatte deshalb eine Anklage gegen Oppianicus erhoben, nachdem er zuvor die Verurtheilung der Gehülfen desselben, eines gewissen Scamander und Fabricius, erwirkt hatte. Auch Oppianicus war dann von den Geschwornen condemnirt worden. Daß dies durch Bestechung des Cluentius geschehen sey, war diesem auch vorgeworfen, daß er wegen der 2 Präjudicia gar keinen Grund dazu gehabt habe, zeigt Cicero.

In Beziehung auf diese Präjudicia, wo Cicero den Scamander vertheidigte, sagt Cicero c. 18.

Res agi coepta est: citatus est Scamander: accusabat P. Cannutius —— Scamandrum verbis tribus, venenum esse deprehensum. Ein Zeuge sagt unter Andern aus: se praesente Scamandrum cum veneno, pecuniaque deprehensum esse. Scamander wird ex Lege Cornelia verurtheilt, weil seine Handlung unter die Worte des Gesetzes fiel. (Verbo ille reus erat, re quidem vera et periculo et tota accusatione Oppianicus. c. 19.) c. 20. „Quid est illa condemnatione judicatum, nisi

§. 69.

Auch die Brandstiftung war in der Lex Cornelia bedroht. Auch gegen denjenigen soll eine Quaestio Statt finden: Cujus dolo malo incendium factum fuerit, eine Bestimmung, welche wahrscheinlich sich dem ersten Kapitel angeschlossen hat [1]). Hier verlangt aber das Gesetz ein incendium factum, ohne den Versuch, z. B. durch Anschaffung von Brenn-Materialien (wie bei der Vergiftung die Anschaffung und Bereitung von Gift) für strafbar zu er-

venenum id, quod Avito daretur, esse quaesitum? Quae porro tenuissima suspicio collata in Scamandrum est, aut conferri potuit, ut is sua sponte necare voluisse Avitum putaretur?

Darauf habe Cluentius erst noch den Fabritius angeklagt: denn voluit cognoscere, utrum judices in eos solos essent severi, quos venenum habuisse ipsos comperissent, an etiam consilia, conscientiasque ejusmodi facinorum supplicio dignas judicarent.

Auch Fabricius wird verurtheilt, c. 22. quia, cum ipse familiarissime Oppianico usus, libertus autem ejus in maleficio deprehensus esset: illum expertem ejus consilii fuisse non probabatur. Dann auch nothwendig Oppianicus.

c. 23. Numquid praeter venenum quaesitum, quo Avitus necaretur, objectum est? numquid aliud in illis judiciis versatum est, praeter hasce insidias Avito ab Oppianico per Fabricios factas? — doce in illorum judiciis quid praeter hoc venenum Oppianici, non modo in criminis sed in maledicti loco sit objectum.

1) L. 1. pr. D. h. t. L. 10. D. eod. Collatio XII. §. 5. L. 11. Cod. de accusat. (IX. 1.) Das Gesetz beschränkte sich, wie aus der Collatio I. §. 3. hervorgeht, auf die in urbe Roma propiusve mille passus verübten Verbrechen. Später wurde es als allgemeines Gesetz betrachtet, und so erklärt es sich, warum Ulpian L. 10. D. h. t. sagt: Si quis dolo insulam meam exusserit, capitis poena plectetur, quasi incendiarius. — Vergl. die treffliche Abhandlung von Wächter de crimine incendii. Sect. I. p. 43 sqq.

klären. Der Versuch einer Brandstiftung konnte aber vielleicht insofern bestraft werden, als die Handlung unter die Lex Julia de vi subsumirt und aus dieser Lex eine Anklage erhoben wurde [1]. — Auch der Versuch des Raubes konnte ohne Zweifel unter die Lex Cornelia de sicar. fallen, wenn der Thäter bewaffnet gewesen war. Denn gewiß paßte die Bestimmung über den, qui furti faciendi causa cum telo ambulaverit, auch auf ihn [2]. — Ein Senatusconsult erkärte das poculum amatorium, welches, wenn es hominis necandi causa gegeben war, schon an sich unter die Lex fiel, mit Rücksicht auf den schädlichen Erfolg auch ohne jene Absicht für strafbar [3], und ein anderes Senatusconsult unterwarf die pigmentarii wegen des Verkaufs gewisser schädlicher Medicamente, namentlich der Canthariden, sowie die libidinis oder promercii causa vorgenommene Castration eines Menschen und einige andere Fälle der Strafe der Lex Cornelia [4]. Endlich verordnete dasselbe oder ein anderes Senatusconsult, daß alle mala sacrificia der Strafe desselben Gesetzes unterliegen sollten [5]. Diese Ausdehnungen der Lex faßt Justinian

1) Vergl. L. 5. D. XLVIII. 6. Paulus Sent. rec. V. 26. §. 3. V. 3. §. 6. und Wächter l. c. p. 31 seq.

2) Cf. L. 28. §. 10. D. de poen. (XLVIII. 19.)

3) L. 3. §. 2. D. h. t. L. 38. §. 5. D. de poen. Paulus S. R. V. 23. §. 14.

4) L. 3. §. 3. 4. D. h. t. Item is, cujus familia sciente eo adipiscendae, recuperandae possessionis causa arma sumpserit: item qui auctor seditionis fuerit, et qui naufragium suppresserit: et qui falsa indicia confessus fuerit, confitendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur, et qui hominem libidinis vel promercii causa castraverit, Senatusconsulto poena Legis Corneliae punitur. Cf. L. 4. §. 2. L. 5. L. 6. D. eod. Ein Rescript des D. Pius dehnte das letztere dann wieder auf die circumcisio von Seiten der Juden an Andern als ihren Glaubensgenossen aus. L. 11. D. eod.

5) L. 13. D. h. t. Näher beschreibt sie Paulus S. R. V. 23.

zusammen, wenn er sagt [1]: Eadem lege et venefici capite damnantur, qui artibus odiosis tam venenis quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint. — Aus der bisherigen Darstellung ergiebt sich, wie eine Menge von Handlungen, welche wir, insofern sie ohne Erfolg blieben, Versuchshandlungen nennen würden, bei den Römern nach der Lex Corn. bestraft werden konnten, allein es ergiebt sich zugleich daraus, daß immer nur einzelne bestimmte Fälle hervorgehoben und der Strafe der Lex unterworfen wurden, zur Genüge, daß man keine allgemeine Regel über die Bestrafung des Versuchs hatte.

§. 70.

Daß die Lex Cornelia de sic. auch eine Bestimmung über das parricidium enthalten hat, darf man als ziemlich gewiß betrachten [2], und wahrscheinlich ist, daß die Lex für dieses Verbrechen die alte, vielleicht schon in den XII Tafeln anerkannte [3]) poena culei bestätigte. Wenigstens geht aus der Rede Cicero's pro Roscio Amerino, welche nach der Lex Corn. gehalten wurde, soviel hervor, daß diese Strafe durch die Lex nicht aufgehoben seyn konnte [4]).

§. 15. Qui sacra impia, nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent (interficerent), obligarent, fecerint faciendave curaverint — — qui hominem immolaverint, exve ejus sanguine libaverint — — über das ältere Recht s. oben §. 63.

1) §. 15. Inst. de publ. jud. IV. 18. — über die susurri magici (artes magicae vel mathematicae) s. auch L. 4. 6. Cod. de malefic. (IX. 18.) und ausführlich Cropp l. c. II. p. 41 seqq.

2) Pomponius in L. 2. §. 32. D. de orig. jur. Deinde Corn. Sulla quaestiones publicas constituit: veluti de falso, de parricidio, de sicariis — und in der L. 4. Theod. Cod. ad L. Corn. de fals. erwähnen die Kaiser eine Cornelia de veneficiis, de sicariis, parricidiis.

3) Dirksen Übersicht. S. 453 ff.

4) Cicero pro Rosc. Am. c. 5. 11. Sanio ad L. Corn. p. XXII.

Was änderte nun aber die spätere Lex Pompeja de parricidiis? Erweiterte sie nur den Begriff des parricidium und was ist für eine Strafe gemeint, wenn Marcianus uns berichtet, sie habe bestimmt, ut parricida poena ea teneatur quae est Legis Corneliae de sicariis [1])? War dies die poena culei, warum stützt sich Modestinus nur auf den mos majorum [2])? wenn sich diese Berufung nicht auf die seltsame Begleitung bezieht, von welcher Cicero nichts erwähnt! Doch überlassen wir diese Untersuchung Andern und fragen nach der Strafbarkeit des Versuchs! In dieser Beziehung darf es aber wohl als ausgemacht betrachtet werden, daß er insoweit strafbar war, als der Versuch des Mordes überhaupt. Eine Mehrzahl von Stellen beweisen dies zur Genüge [3]).

§. 71.

Ein anderes Verbrechen, bei welchem die Römer, ohne zwischen Versuch und Vollendung zu unterscheiden, lediglich die äußere auch ohne Erfolg gebliebene Handlung der gesetzlichen Strafe unterwerfen, ist das crimen majestatis. Die Lex Julia majestatis bezeichnet eine Menge einzelner Handlungen als solche, welche die securitas und majestas populi Romani verletzen, und darunter finden sich mehrere Fälle, welche wir heutiges Tages nur als Versuche eines Majestätsverbrechens betrachten würden, wie das bloße Complott, Aufreizung und Anstiftung Anderer zu hochverrätherischen

1) L. 1. D. ad L. Pompej. de parr.

2) L. 9. D. eod.

3) L. 1. in fin. D. eod. Et praeterea qui emit venenum ut patri daret, quamvis non potuerit dare. (Wahrscheinlich Verba legis). L. 14. Cod. de his qui accus. (IX. 1) Propter insidias, quas tuae vitae paratas contendis, accusationem — — contra filium tuum — instituere potes. L. 8. 9. Cod. IX. 16. S. oben S. 113. Note 2.

Handlungen [1]). Daher sagen die Kaiser Arcadius und Honorius: „eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt" [2]), und unter diesen „Rechten", auf welche sich die Kaiser berufen, ist nicht etwa ein allgemeines den Versuch überhaupt bedrohendes Gesetz, sondern, wie der ganze Zusammenhang ergiebt, nur die ältere Gesetzgebung über das crimen majestatis zu verstehen. In einer andern Stelle werden die majestatis rei, conscii und molientes nebeneinander gestellt [3]), und Justinian bestimmt den Inhalt der Lex Julia majestatis im Allgemeinen dahin: quae in eos, qui contra imperatorem aut rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit [4]). Andrer Seits macht aber auch hier Modestinus die Richter darauf aufmerksam, nur dasjenige zu strafen, quod ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est [5]).

§. 72.

Dasselbe gilt von den Leges Juliae de vi. Nirgends finden wir einen allgemeinen Begriff und die Bestimmung, daß auch der Versuch einer Gewaltthätigkeit strafbar seyn solle, sondern einzelne näher bezeichnete Handlungen werden aufgezählt, welchen dann in der Praxis andere ähnliche Fälle ad exemplum Legis Juliae de vi gleichgestellt werden [6]). Darunter finden sich wieder gar manche Hand-

1) Cf. L. 1. 2. 3. 4. D. ad L. Jul. maj. XLVIII. 4. Paulus S. R. V. 29. §. 1. Hoffmann Histor. jur. Rom. Vol. I. p. 128. 129.
2) L. 5. Cod. eod. IX. 8.
3) L. 16. Cod. de quaest. (IX. 41.)
4) §. 3. Inst. de publ. jud. IV. 18.
5) L. 7. §. 3. D. h. t.
6) Dazu gehören wohl diejenigen, von welchen es in den Quellen (Dig. XLVIII. 6. 7.) heißt: in eadem causa sunt — im Gegensatz von hac oder eadem lege tenetur.

lungen, welche wir Versuch der Gewaltthätigkeit nennen würden, die aber die Römer gar nicht aus diesem Gesichtspunkte auffassen, sondern blos deshalb strafen, weil sie das Gesetz als strafbar bezeichnet hat [1]). Gleichgestellt werden aber auch Handlungen, welche gar nicht nothwendig mit einer gewaltthätigen Absicht verbunden zu seyn brauchten [2]). Für die Ergänzung des Römischen Strafsystems waren übrigens die Leges de vi von der höchsten Bedeutung. Denn da Gewalt das gewöhnlichste Mittel ist, womit rechtswidrige Zwecke verfolgt werden, so konnte in sehr vielen Fällen, wie wir sagen würden, der Versuch eines Verbrechens, wenn gleich er an und für sich nicht strafbar war, doch unter eine Strafsanction der Leges de vi subsumirt werden [3]). Andere Aushülfsverbrechen waren das falsum und die injuria. Der Begriff der letztern liegt, wie wir weiter unten sehen werden, fast allen criminibus extraordinariis zu Grunde. Dagegen kann man auf keine Weise behaupten, daß nach der Lex Julia de vi publica jede der ausdrücklich bedrohten Handlungen auch dann, wenn sie blos versucht worden, bestraft worden sey [4]). Weder diese

1) z. B. qui turbae seditionisve faciendae consilium inierint, — qui in incendio cum gladio aut telo rapiendi causa fuit, vel prohibendi dominum res suas servare, qui ut id fieret homines commodaverit — qui dolo malo fecerit, quominus judicia tuto exerceantur — qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium publice exercebitur. L. 3. 4. 10. D. XLVIII. 6. Paulus S. R. V. 26. §. 3.

2) z. B. der Besitz von Waffenvorräthen. L. 1. D. XLVIII. 6. — qui arma, tela domi suae agrove, in villa praeter usum venationis vel itineris vel navigationis coëgerit. L. 3. D. eod. — qui pubes cum telo in publico fuerit.

3) z. B. Versuch des Raubes, der Entführung, Nothzucht, Körperverletzung. L. 3. 5. 10. D. XLVIII. 6. L. 7. D. XLVIII. 7. Paulus S. R. V. 30. — Vergl. auch Sanio ad L. Corn. p. 72. Cropp II. p. 50 seq.

4) Cropp l. c. p. 52.

noch eine andere Lex enthält eine allgemeine Regel, und wohin hätte eine solche auch führen sollen, da die ausdrücklich bedrohten Handlungen, wie wir gesehen haben, sehr häufig nichts als Versuchshandlungen sind? Daher kann z. B. derjenige, qui villam expugnare conatus est, nicht gestraft werden, wenn seine Handlung nicht einen der gesetzlich bedrohten Fälle enthält, und noch weniger derjenige, qui arma cogere conatus est [1]).

§. 73.

Wir haben aber auch Leges, in welchen nur die vollzogene Handlung und nicht bloße Versuchshandlungen mit Strafe bedroht waren. Dies gilt vor Allen von der Lex Julia de adulteriis [2]). Schon die Worte des Gesetzes: Ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo [3]) weisen darauf hin, daß eine wirkliche Geschlechtsvereinigung Statt gefunden haben müsse, und in keiner Stelle der Digesten und des Codex ist von Bestrafung eines bloßen Versuchs nach der Lex Julia de adult. die Rede. Auch das Tödtungsrecht des Vaters und des Ehegatten [4]) war auf jene Voraussetzung gegründet, obwohl die Römer wohl nie sich dabei mit schmutziger Gründlichkeit in weitere Untersuchungen eingelassen haben [5]). In wie weit indeß

1) Lelièvre de con. del. p. 152. 153.

2) Schon Matthaeus, der im Allgemeinen die gewöhnliche irrthümliche Lehre vorträgt, giebt dies zu. De criminib. Lib. 48. tit. 5. Cap. 3. No. 10. „Quoniam Lex Julia de facto duntaxat adulterio stuprove locuta est — Cornelia vero nominatim conatum quoque complexa est.

3) L. 12. D. ad L. Jul. de adult. XLVIII. 5.

4) S. überhaupt Sanio ad L. Corn. p. 39 seq.

5) L. 23. D. h. t. Quod ait Lex: *in filia* adulterum deprehenderit non otiosum videtur: voluit enim ita demum hanc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pom-

der Versuch des Ehebruchs und des Stuprums extra ordinem bestraft wurde, werden wir weiter unten bei den criminibus extraordinariis betrachten.

§. 74.

Werfen wir endlich, mit Übergehung der weniger wichtigen Leges [1]), noch einen Blick auf die Lex Cornelia de falsis, so werden wir auch darin die Behauptung bestätigt finden, daß die Römer eine Handlung nur dann bestraften, wenn sie mit den im Gesetze bezeichneten Merkmalen vollständig vorlag, ohne sich darum zu kümmern, ob sie, wie wir sagen, ein vollendetes oder ein versuchtes Verbrechen enthalte, oder unter einen allgemeinen Begriff des Verbrechens passe. Die Lex sprach bekanntlich hauptsächlich [2]) von der Fälschung der Testamente und Münzen, weshalb sie auch testamentaria und nummaria genannt wird. Sie bedroht denjenigen qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit sciens dolo malo, cujusve dolo malo id factum erit [3]), also wieder eine Aufhäufung verschiedener Ausdrücke, deren Bedeutung die Wissenschaft dann erläuterte und näher bestimmte [4]). Liegt dagegen die

ponius scripsit, in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi: et hoc est, quod Solon et Draco dicunt ἐν ἔργῳ. — — debet enim prope uno ictu occidere. — L. 25. eod. Capite quinto Legis Juliae cavetur: Ut viro adulterum in uxore sua deprehensum etc. L. 29. pr. ibid. Cf. Paulus S. R. Lib. II. tit. 26. S. auch Lex Rom. Burgund. tit. 25.

1) Gelegentlich kommen wir an andern Orten darauf zurück.

2) Was die Lex Alles enthalten habe, ist deshalb so zweifelhaft, weil durch SCta und Constitutiones principum gar häufig Handlungen der Strafe der Lex unterworfen worden sind, ohne daß in unsern Quellen genau unterschieden würde, was ursprünglich der Lex anheimfiel.

3) Paulus S. R. Lib. IV. Tit. 7. §. 1. 2. Lib. V. tit. 25. §. 1. L. 2.

4) Vergl. z. B. Paulus l. c. IV. 7. §. 3 — 5.

im Gesetz bedrohte Handlung nicht vollständig vor, so fällt alle Strafbarkeit hinweg. Merkwürdig ist in dieser Beziehung eine Stelle, welche diese Ansicht auf das Überzeugendste bestätigt. So sagt Africanus[1]) mit Rücksicht auf das SCtum Libonianum, welches die Strafe der Lex Cornelia auf das sibi adscribere in testamento ausdehnte: „Wer sich in einem nicht vollendeten Testamente etwas zugeschrieben hat, fällt nicht unter das Gesetz; prius enim oportet esse aliquod testamentum vel non jure factum, ut SCto locus sit. Und wenn der Jurist dann noch hinzufügt: Nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod si adulterinum non esset, verum tamen testamentum recte dicitur: similiter igitur et non jure factum testamentum id appellatur, in quo, si omnia rite facta essent, jure factum diceretur — so kann der Sinn kein anderer, als folgender seyn: Von einem falschen Testamente, mithin auch von einem crimen falsi, kann nur dann die Rede seyn, wenn die zur Errichtung eines Testaments erforderlichen Handlungen vollzogen sind (cum perfectum testamentum erit), wenngleich es auf die Gültigkeit des Testaments nicht ankömmt. Hiernach müssen alle auf Fälschung gerichteten Handlungen, wenn die Testamentsförmlichkeiten nicht vollzogen wurden, straflos seyn. Andrerseits folgt aber auch aus den Worten des Gesetzes, daß die Benutzung des falschen Testamentes nicht erforderlich seyn konnte[2]). — Doch bleibt noch die Beseitigung eines möglichen Zweifels übrig. Paulus sagt nämlich in Be=

1) L. 6. Dig. h. t. Vgl. auch in L. 13. §. 1. D. eod. die Worte Papinians; Quoniam in Corneliam falso recitato, non facto, non incidit. — und L. 22. D. eod. Simoni dei delitti di mero affetto. I. p. 33.

2) Ebensowenig wie das Ausgeben des falschen Geldes nach dem nummarischen Theile der Lex. Cf. L. 9. pr. L. 30. D. h. t.

ziehung auf die Münzfälschung [1]): „Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio justae poenitentiae absolvuntur." Man könnte nun geneigt seyn, daraus, daß nur denjenigen Straflosigkeit zugesichert wird, welche aus Reue von der Vollendung abstanden, die Schlußfolgerung zu ziehen, daß doch auch der bloße Versuch der Münzfälschung unter die Lex gefallen seyn müsse [2]). Dürfte aber wohl diese einzelne Stelle hinreichen, um auf den Grund eines gewöhnlich unsichern Argumentum a contrario eine von dem Principe aller Leges publicorum judiciorum abweichende Hypothese zu bauen? Ist es nicht möglich, daß Paulus einen ganz falschen Entscheidungsgrund für die Absolution gebrauchte? oder müssen wir uns nicht vielmehr die Sache so erklären, daß Paulus sagen wollte: Wenn auch das percudere monetam schon unter der Drohung des Gesetzes begriffen seyn sollte, so fordert doch auch das Gesetz dolus malus, und von diesem kann da nicht die Rede mehr seyn, wo die Thäter vor der völligen Formation der Münze von dem Verbrechen aus Reue abgestanden sind. Auch müssen wir bedenken, daß die Stelle aus einer Zeit herrührt, wo man sich gar nicht mehr so streng an die Leges publicorum judiciorum band, wo man, wie die Sentenzen des Paulus zum Überfluß beweisen, nicht blos hinsichtlich der cognitio, sondern auch rücksichtlich der probatio und poena, extra ordinem verfuhr, und die gesetzlichen Bestimmungen auf andere ähnliche Fälle auszudehnen gar kein Bedenken trug. — Daß übrigens später, als die Kaiser das Recht Münzen zu prägen, als ein kaiserliches Hoheitsrecht zu betrachten anfingen und die Ver-

1) L. 19. pr. D. h. t. Gewöhnlich wird diese Stelle dazu benutzt, um nachzuweisen, daß auch schon das Römische Recht die Straflosigkeit des Versuchs anerkenne, wenn die Vollendung wegen freier Willensänderung des Thäters unterblieb.

2) So Cropp de praec. jur. Rom. II. p. 34.

letzung desselben für ein crimen majestatis erklärt hatten [1]), die Grundsätze dieses Verbrechens auch auf die Münzfälschung übertragen worden sind, läßt sich wohl nicht bezweifeln [2]).

§. 75.

Wir haben bisher zu zeigen versucht, daß sich in dem frühern Römischen Rechte durchaus kein allgemeines Strafgesetz gegen den Versuch der Verbrechen findet und daß überhaupt die heutige Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung der Römischen Legislation fremd ist [3]). Jetzt fragen wir, ob sich dies nicht später geändert hat, ob sich nicht in dem neuern Römischen Rechte eine allgemeine Regel über die Bestrafung des Versuchs finde? Schon oben ist erwähnt worden, daß sich seit den Glossatoren die communis opinio für die Bejahung dieser Frage entschieden hat, daß man indeß diese Ansicht durch eine Unterscheidung zwischen delicta graviora und leviora gewöhnlich beschränkt hat. Suchen wir nun nach den Beweisen für diese Meinung, so berufen sich ältere und neuere Vertheidiger derselben auf ein aus des Callistratus Cognitionen in den Titel der Digesten ad Legem Corneliam de sicariis übergegangenes Rescript des Kaisers Hadrian:

1) L. 2. Cod. de falsa moneta. (IX. 24. Constantinus) — In monetis etenim tantummodo nostris cudendae pecuniae studium frequentari volumus: cujus obnoxii majestatis crimen committunt. Cf. L. 3. 9. Th. C. IX. 21.

2) Vergl. Cropp l. c. p. 32 seq.

3) Dies giebt selbst Cropp l. c. l. p. 69 zu: Quum enim in legibus poenalibus libera republica latis conatus delinquendi puniendi plerumque nulla mentio facta, nec per interpretationem hoc adjectum credibile sit, ita ut serioribus tantum temporibus illud invalesceret. (?) Cf. de Ketelhodt de consummatione delictor. p. 8. Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 16. Lelièvre de conatu delinq. p. 65 seqq. Sanio ad L. Corn. p. 95.

Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: In maleficiis voluntas spectatur non exitus [1]).

Hiermit werden dann zwei andere Stellen in Verbindung gesetzt, nämlich: 1. eine sich auf das crimen majestatis beziehende Äußerung der Kaiser Arcadius und Honorius:

Eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt [2]) und

2. ein das crimen ambitus betreffender Ausspruch derselben Kaiser:

Cum pari sorte leges scelus et sceleris puniant voluntatem [3]).

Vereinige man diese drei Stellen mit einander, sagt Cropp, (den wir als den neusten und scharfsinnigsten Vertheidiger jener Meinung hauptsächlich berücksichtigen), so könne der Sinn des Hadrianischen Rescripts offenbar nur der seyn: ut quis poenam maleficio alicui propositam incurrat, non opus esse, ut id maleficium ad exitum perduxerit, sed sufficere, si eo animo fuerit ut id committeret [4]). Doch ist diese mit zwei Einschränkungen zu verstehen, indem 1. zufolge des Prinzips „cogitationis poenam nemo patitur" bloße Gedanken und Entschlüsse auszunehmen [5]) und 2. die Worte Hadrians wegen des Ausdrucks maleficia auf delicta publica zu beschränken

1) L. 14. D. ad L. Corn. de sic.

2) L. 5. C. ad L. Jul. majest.

3) L. 1. Theod. Cod. ad L. Jul. de ambitu. IX. 26.

4) Cropp l. c. I. p. 60.

5) Cujacius, auf dessen Autorität sich auch Cropp beruft, geht noch weiter und beschränkt das scheinbar widersprechende Cogitationis poenam nemo patitur, weil es (cf. L. 18. D. de poenis) dieselbe Inscription trägt wie L. 1. D. II. 2. auf das Edictum quod quis juris in alterum statuerit. Cujac. Obs. VIII. 22. XIX. 10. Von Bynkershoeks entgegenstehender Ansicht (s. oben §. 61.) sagt Cropp: Sed putida haec interpretatio et haud digna tanto viro!

sind [1]). Es soll also durch Hadrian, der überhaupt das merkwürdige Schicksal gehabt hat, daß man ihm eine Menge Veränderungen zugeschrieben, die ihm nie in den Sinn gekommen sind, für die crimina publica allgemeine Regel geworden seyn, daß auch der bloße Versuch strafbar sey. Dagegen habe man den Versuch eines delictum privatum noch für straflos gehalten, später jedoch, namentlich zu Justinians Zeiten, auch sich zu einer Bestrafung wenigstens des nächsten Versuchs derselben hingeneigt [2]). Endlich glaubt Cropp, daß man auch den Versuch der crimina extraordinaria bestraft habe, insofern nicht ein specielles Gesetz etwas Abweichendes verordnete [3]).

§. 76.

Also durch ein bloßes Rescript soll eine so wichtige Veränderung im Römischen Strafrecht bewirkt worden seyn! Dies ist, wenn wir die Natur der kaiserlichen Rescripte beachten, schon an sich als Etwas sehr Zweifelhaftes und fast Unglaubliches zu betrachten. Denn es ist bekannt, daß die Kaiser in ihren Rescripten in der Regel gar nichts Neues verordneten, sondern nur das schon geltende Recht auf gegebene Fälle zur Anwendung brachten. Kündigt sich nun vielleicht unser Rescript als ein solches an, welches einen bisher nicht bekannten strafrechtlichen Grundsatz einführen wollte? Davon findet sich nicht die mindeste Spur. Ja es läßt sich sogar bis zur Evidenz das Gegentheil nachweisen; es läßt sich zeigen, daß Hadrian das, was man ihm untergeschoben hat, durchaus nicht sagen wollte und daß sein Ausspruch „in maleficiis voluntas spectatur non exitus" nur den Entscheidungsgrund für einen gegebenen Fall enthielt, worin eine schon längst bekannte Ansicht über

1) Cropp l. c. p. 61 — 69.

2) Arg. L. 20. C. de furt. §. 8. Inst. de obl. quae ex del.

3) Cropp p. 69 — 75. Cf. Sanio ad L. Corn. de sic. p. 86 — 92.

die eigentlich strafbare Seite des Verbrechens geltend gemacht wurde. Es ist nämlich ein allgemeines und gewiß richtiges Princip der Römer, daß die äußere That als solche nicht gestraft werden könne, sondern daß die Strafe auf den bösen Willen des Thäters bezogen werden müsse, und sie fehlten nur darin, daß sie dieses Princip nicht blos der absoluten Strafbarkeit zu Grunde legten, sondern auch zu sehr bei der relativen Strafbarkeit vorherrschen ließen. Daher die gänzliche Vernachlässigung des objectiven Maaßstabes der Strafbarkeit. So sagt schon Cicero, es sey eine tacita lex humanitatis, ut ab homine consilii non fortunae poena repetatur [1]) und die bekannte Paulinische Sentenz [2]) „Consilium enim non factum uniuscujusque puniendum est", tritt in einer Menge von Stellen des Römischen Rechts als Entscheidungsgrund hervor [3]). Und nichts Anderes will auch Hadrian mit den Worten in maleficiis etc. sagen. „Nicht die äußere That sondern der verbrecherische Wille ist zu bestrafen"! Hinreichender Beweis dafür ist, 1. daß dieser Ausspruch Hadrians in derselben Bedeutung schon bei Cicero als eine gewisser Maßen zum Sprüchwort gewordene Redensart vorkömmt [4]). Unter den Regeln nämlich, welche Cicero in seinen rhetorischen Schriften den Anklägern und Vertheidigern als Anweisung

1) Cicero pro Tullio cap. 51.

2) Paulus S. R. V. 23. §. 3. Collatio I. §. 7.

3) Collatio I. §. 9. „crimen quippe ita contrahitur, si et voluntas occidendi intercedat." L. 33. pr. D. de furtis. — nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit. Eine Menge anderer Stellen s. bei Wächter Strafr. I. S. 52 f.

4) Vergl. die treffliche Ausführung von Sanio ad L. Corn. p. 104 sq. und dessen Bemerkung: quod quidem minus mirandum est, quoniam Principes plerumque secundum ICtorum responsa atque sententias rescribere soliti sint.

zur Begründung der Anklage oder Vertheidigung giebt, stellt er mehrmals auch die auf, daß man zu zeigen habe, wie nicht nach dem Erfolg, sondern nach der Absicht geurtheilt werden müsse. So z. B.

De invent. II. c. 7. „Non enim ex eventu cogitationem spectari oportere, sed qua cogitatione et spe ad maleficium profectus sit, considerare. — c. 33. Defensor autem conversis omnibus his partibus poterit uti. Maxime autem in voluntate defendenda commorabitur — et in omnibus rebus voluntatem spectari oportere. — Defensoris conquestio calamitatis ejus, quae non culpa sed vi majore quadam acciderit, et de fortunae potestate et hominum infirmitate et uti suum animum non eventum considerent."

Ebenso macht der Auctor ad Herennium II. c. 16. dem Defensor zur Pflicht, zu zeigen: voluntatem in omnibus rebus spectari convenire et quae consulto facta non sint, ea fraudi esse non oportere [1]). — Ein anderer Beweis für die obige Ansicht liegt 2. darin, daß der Ausspruch Hadrians offenbar nur einen Entscheidungsgrund für einen bestimmten ihm vorgelegten Fall enthält [2]). Dieser Fall war aber gewiß der nämliche, welchen Ulpian [3]) und

1) Auf ähnliche Weise sagt Papinian im Lib. 32. Quaest. (L. 79. de R. J.) Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu duntaxat sed ex consilio quoque desideratur. — Dieselbe Erklärung der L. 14. D. ad L. Corn. de sic., daß Hadrian nämlich nichts Anderes sagen wolle, als: Man müsse auf den Willen sehen, um sagen zu können, ob eine Person schuldig sey oder nicht — gab schon Becker im Leipz. Magaz. für Rechtsgel. 1786. St. 1. S. 1 ff. und gebilligt wird sie von Kleinschrod system. Entwickel. Th. I. S. 69.

2) Dafür spricht auch, daß die L. 14. aus des Callistratus Libr. de cognitionibus entlehnt ist.

3) Collatio I. §. 6. „Distinctionem casus et voluntatis

Marcian [1]) mit ziemlich gleichlautenden Worten referiren und wobei sich beide ausdrücklich auf ein Rescript des Kaisers Hadrian beziehen; und welchen auch Paulus offenbar im Auge hat, wenn er [2]) sagt:

> Qui hominem occidit aliquando absolvitur: et qui non occidit ut homicida damnatur: consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est. Ideoque qui cum vellet occidere, casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur; et is, qui casu teli hominem imprudenter ferierit, absolvitur.

Schiebt man hier statt der Worte: Consilium enim etc. Hadrians Sentenz: in maleficiis [enim] voluntas spectatur non exitus, ein, welche eben so gut dastehen könnte, so ist es sonnenklar, daß sich die letztere gar nicht auf den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung bezog, mit der Absicht den Versuch überhaupt für strafbar zu erklären, sondern lediglich auf die „distinctio casus et voluntatis in homicidio". Daß aber die Compilatoren Justinians die Worte Hadrians aus dem Zusammenhang gerissen haben, berechtigt uns nicht, ihnen eine ganz andere Bedeutung unterzuschieben, als sie haben konnten und sollten [3]). Wir haben daher gar nicht nöthig, den Ausdruck maleficia in

in homicidio servari, rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti: Et qui hominem occidit absolvi solet, scilicet, si non occidendi animo id admisit: et qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur", et reliq.

1) L. 1. §. 3. D. ad L. Corn. de sic. „Divus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum etc."

2) Sent. rec. V. 23. §. 3. und Collatio I. §. 7. Vergl. auch ebendaselbst §. 8 — 11.

3) Cf. Sanio l. c. p. 101 seq. — de Ketelhodt de consumm. delict. p. 10.

der von Bynkershoek [1]) und andern Schriftstellern, welche dessen Meinung billigen [2]), versuchten Weise zu beschränken.

§. 77.

Ebensowenig findet sich im Römischen Recht irgend ein späteres Gesetz, wodurch der Versuch überhaupt für strafbar erklärt worden wäre, wenn gleich die einzelnen Fälle, in welchen nach unserer Ansicht bloße Versuchshandlungen für strafbar erklärt wurden, sich durch Gesetze der Kaiser und eine die Strafbarkeit erweiternde Praxis vermehrten, und gerade in dieser Bedrohung einzelner Fälle liegt ein neuer Beweisgrund für die Ansicht, daß es dem Römischen Rechte gänzlich an einem allgemeinen Principe fehlte [3]). Zu diesen die Strafbarkeit des Versuchs erweiternden Gesetzen gehören nun zwar auf keine Weise die schon erwähnten Aussprüche der Kaiser Arcadius und Honorius [4]), indem diese blos eine Berufung auf die Bestimmungen früherer Gesetze enthalten [5]), allerdings aber

1) S. oben §. 61.

2) S. oben §. 63. und Ketelhodt l. c. p. 11 seq. Simoni dei delitti di mero affetto P. I. p. 52 seq. — Übrigens mag hier bemerkt seyn, daß der Ausdruck malefici im Mittelalter, in den Leges barbarorum stets in dieser engern Bedeutung vorkömmt, z. B. Capitulare ann. 789. cap. 18. Lex Wisigoth. Lib. VI. Tit. II. c. 3.

3) Lelièvre de con. del. p. 66. Bynkershoek Obsv. III. c. 10.

4) L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. und L. 1. Theod. Cod. IX. 26. S. oben §. 75.

5) Unter den „jura" in L. 5. Cod. cit. kann auch die L. Corn. de sic. verstanden werden, weil von der beabsichtigten Ermordung der Minister die Rede ist. Vgl. §. 71. Dafür spricht, daß diese L. 5. im Theod. Cod. im Titel ad L. Corn. de sicar. vorkömmt. (L. 3. IX. 14.) Daß auch hinsichtlich des ambitus nichts Neues verordnet wurde, beweisen Paulus Sent. rec. V. 30. und L.

1. die Bestimmung des Kaisers Jovianus über die Entführung der Klosterjungfrauen in L. 5. C. de episc. et cler. I. 3. (L. 2. Theod. Cod. de rapt. virg. IX. 25.) „Si quis non dicam rapere sed (vel) attentare tantum jungendi causa matrimonii sacratissimas (sacratas) virgines (volentes vel invitas) ausus fuerit, capitali poena feriatur", indem nach dem frühern Rechte die Entführung oder deren Versuch nur insofern gestraft werden konnte, als vis dabei war [1]).

2. Die Verordnung des Kaisers Leo in L. 6. pr. C. de his qui ad ecclesiam effugiunt (I. 12.) Niemand soll diejenigen, welche in eine Kirche geflüchtet sind, herauszuziehen wagen: „his, qui hoc moliri aut facere aut nuda saltem cogitatione atque tractatu ausi fuerint capitali et ultimi supplicii animadversione plectendis" [2]).

3. Allenfalls auch die Bestimmungen über versuchte

un. D. ad L. Jul. de amb. und die Äußerung von Cicero pro Murena c. 32. cf. Sanio ad L. Corn. de sicar. p. 73. de Ketelhodt l. c. p. 13.

1) L. 5. §. 2. D. ad L. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.) Vgl. übrigens Cropp l. c. I. p. 103 — 105. Auffallend ist es, daß Justinian in L. 54. Cod. de episc. et cler., wo er die Strafen für den Raub der Klosterjungfrauen, und in L. un. Cod. de rapt. virg., wo er die Strafe für die Entführung überhaupt bestimmt, nichts über den Versuch disponirt. Daß nun nach neuerm Römischen Rechte der Versuch der Entführung überhaupt strafbar sey, (Damhouder Prax. rer. crim. c. 97. n. 5. Cropp l. c. und p. 131. 132.), muß bezweifelt werden. Auch die Meinung von Lelièvre de conat. del. p. 154., welcher mit Cropp darauf Gewicht legt, daß der raptor in L. un. Cod. de rapt. virg. von Justinian mit dem homicida verglichen wird, ist unhaltbar. Dieser gelegentliche und unpassende Vergleich kann uns nicht berechtigen, die Grundsätze der L. Corn. de sicar. zur Anwendung zu bringen.

2) Cf. Cropp l. c. p. 100.

Desertion („et is, qui volens transfugere apprehensus, capite punitur) und versuchten Selbstmord der Soldaten [1]).

Übrigens muß man sich wohl hüten, in allen Fällen, wo in den Gesetzen ein Ausdruck vorkömmt, der möglicher Weise auf ein begonnenes, noch nicht vollendetes verbrecherisches Handeln bezogen werden kann, ohne Weiteres anzunehmen, daß das Gesetz auch von einem bloßen Versuche rede. Denn es ist bekannt, daß die Kaiser es mit ihren Ausdrücken oft nicht gerade sehr genau nahmen, und daß es an bestimmten technischen Ausdrücken zur Bezeichnung des Unterschieds zwischen Versuch und Vollendung fehlte. So würden wir z. B. auch die in irgend einem deutschen Gesetze vorkommenden Ausdrücke: „Wer sich unterstehen, wer es wagen sollte, dies oder jenes zu thun" nicht gerade von einem Versuche zu verstehen haben [2]). Es kann der Fall seyn, daß blos die zum Verbrechen gehörige Willensbestimmung von dem Gesetzgeber hervorgehoben ist und dabei das Vorhandenseyn der äußern That stillschweigend supponirt wird [3]). Auch auf andere Bestimmungen des neuern Rechts darf man nicht mit Cropp die dem Römischen Rechte untergeschobene Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung übertragen, indem man sonst zu einer ganz widernatürlichen und der gesunden Vernunft widerstreitenden Ausdehnung des erstern gelangt und den Versuch zu Handlungen, die an und für sich bloße Versuchshandlungen sind, wieder als strafbar betrachten muß [4]).

1) L. 3. §. 11. L. 6. §. 7. D. de re militari. (XLIX. 16.)

2) S. z. B. L. un. Th. Cod. IX. 11. Si quis posthac reum privato carceri destinarit, reus majestatis habeatur. — L. 6. Cod. de divers. rescr. I. 23. „qui hoc aggressus fuerit tyrannico spiritu".

3) L. 2. Th. Cod. IX. 26. „affectus gravissimis suppliciis poenam deportationis excipiat".

4) Man vergl. z. B. die Bestimmungen über die magi et mathe-

§. 78.

Fragen wir nun nach der Theorie der Römischen Juristen oder danach, ob nicht durch Wissenschaft und Praxis sich eine allgemeine Regel über die Strafbarkeit des Versuchs gebildet habe? — so muß auch diese Frage durchaus verneint werden. Zwar finden wir, daß zuweilen von conatus die Rede ist, oder daß res perfecta, eventus oder effectus zur Strafbarkeit verlangt wird, — aber nirgends eine bestimmte technische Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung. Überhaupt haben sie nicht versucht, allgemeine Grundsätze über Bestrafung der Verbrechen aufzustellen, sondern sie begnügten sich damit, die in den Gesetzen bezeichneten strafbaren Handlungen darzustellen, die

matici, Collatio tit. 15. L. 8. Th. Cod. IX, 16. über die Apostasie, mehrerer zum crimen majestatis gezogenen Fälle, über Umgehung des Zolles, verbotene Ausfuhr von Sachen L. 10. C. 1. 2. L. 12. C. IV. 61. L. 11. § 2. D. XXXIX. 4. mit der Darstellung von Cropp II. S. 37. 47. 48. 61. 62. — Sanio l. c. p. 90. 91. Was insbesondere das Verbrechen der Apostasie betrifft, so wird es begangen von Denjenigen, welche den christlichen Glauben aufgeben und zu einer andern Religion — namentlich zur jüdischen oder heidnischen übergehen. Die Gesetze verlangen wirkliches Abfallen: „eos praesentibus insectamur oraculis, qui nomine christianitatis induti sacrificia fecerint" L. 7. §. 3. Th. C. XVI. 7. oder wie es im Justin. Codex (L. 4. C. I. 7.) heißt „sacrificia sacrilega vel fecerint vel facienda mandaverint".

Dennoch sagt Cropp l. p. 93. Non dubito quin hic D. Hadriani rescriptum referam, „in maleficiis etc." atque adeo sustineam, in apostatis deficiendi voluntatem eadem severitate puniendam, quam si revera defecerint. Ähnliches von den Heiden und deren Bestrafung (l. p. 97.) und von der Störung des Gottesdienstes durch Beleidigung des Geistlichen L. 10. C. I. 3. Nov. 123. c. 31. (I. p. 102.), von den Vergehen gegen die Immunität der Kirchen L. 5. C. 1. 2. (Cropp l. p. 106.), von der widerrechtlichen Veräußerung der Kirchengüter durch den oeconomus L. 14. §. 2. C. 1. 2. (Cropp l. p. 108.)

gesetzlichen Bestimmungen durch das Mittel der Analogie zu erweitern oder die Begriffe derjenigen verbrecherischen Handlungen, deren Strafbarkeit blos auf Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch beruhte, zu erörtern und festzustellen. Am Meisten ist in dieser Beziehung für die s. g. delicta privata geschehen, aus dem einfachen Grunde, weil diese in das bei weitem mehr cultivirte Civilrecht einschlugen. Nirgends finden wir aber, daß die Römischen Juristen hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuchs die überdies noch sehr zweifelhafte Unterscheidung zwischen crimina publica — extraordinaria — und privata oder die hinsichtlich der Gränzbestimmung so schwankende Eintheilung in delicta atrociora (majora) und leviora (minora) zu Grunde gelegt hätten, sondern nur dies ist ein überall durchblickender Grundsatz, daß eine Klage auf öffentliche Strafe in judicio publico und extraordinario oder auf Privatstrafe in judicio privato nur insofern begründet sey, als der Begriff einer durch Gesetz oder Gewohnheit als strafbar anerkannten Handlung der Klage zu Grunde liege [1]). Dieser Satz muß jetzt näher begründet werden, und dabei muß denn auch ausführlicher von den bisjetzt bei Seite geschobenen s. g. criminibus extraordinariis und privatis die Rede seyn. Hierbei werden wir auch die vorläufig hingestellte Behauptung bestätigt finden, daß da wo ausdrücklich ein gewisser eventus oder effectus zur Strafbarkeit der That verlangt wird, dies die Römischen Juristen nie als eine Ausnahme von einem allgemeinen Satze oder Prinzipe aufstellen [2]).

§. 79.

Mit Bynkershoek und Andern stellen wir hier ein

1) Sanio ad L. Corn. de sic. p. 92 seqq. — Lelièvre de con. p. 71 seq.

2) Lelièvre de conat. delinq. p. 68.

Fragment aus des Claudius Saturninus Liber singularis de poenis paganorum an die Spitze unserer Darstellung, worin wir die Frage, **was überhaupt strafbar sey?** von einem Römischen Juristen in der möglichsten Allgemeinheit aufgefaßt finden [1]). Sie wird dahin beantwortet:

> Aut **facta** puniuntur, ut furta, caedesque: aut **dicta**, ut convicia et infidae advocationes: aut **scripta**, ut falsa et famosi libelli: aut **consilia**, ut conjurationes et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris instar est.

Cogitationis poenam vero nemo patitur hätte Saturninus noch hinzufügen können, um der **absoluten** Strafbarkeit auch die nöthige negative Gränzbestimmung zu geben. Hierauf wendet sich der Jurist zur Betrachtung desjenigen, was auf die **relative** [2]) Strafbarkeit (Zumessung der Strafe) von Einfluß ist, und sagt:

> Sed haec quatuor genera (sc. delictorum) consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et **eventu**,

was dann in den folgenden Paragraphen näher ausgeführt wird. — Unterstützende Beweise dafür, daß auch anderen Juristen die Saturninische Ansicht über die absolute Strafbarkeit vorschwebte, liefern die Aussprüche von **Ulpian** [3]);

> Neque **verbo**, neque **scriptura** quis furtum facit. Hoc enim jure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat, quare et opem ferre et **consilium** dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est.

Ferner [4]):

1) L. 16. D. de poen. (XLVIII. 19.)

2) Deshalb gehört auch die so viel besprochene L. 16. §. 8. D. eod. Eventus spectatur, ut a clementissimo quoque facta .etc. gar nicht hierher, sondern ist nur für die Frage über die relative Strafbarkeit des Versuchs von Bedeutung.

3) L. 52. §. 19. D. de furt. (XLVII. 2.)

4) L. 1. §. 1. D. de injur. (XLVII. 10.)

Injuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: Re, quotiens manus inferuntur: Verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit.

Paulus [1]):

Quod crimen (majestatis) non solum facto, sed et verbis impiis ac maledictis maxime exacerbatur.

Die Römischen Juristen unterlassen daher nie, bei den einzelnen Leges publicorum judiciorum genau anzugeben, was eigentlich bestraft wird, namentlich ob auch die bloßen consilia, worunter sie, wie Saturninus lehrt, theils das Complott, die verbrecherische Mitwissenschaft (hierauf gehen die Ausdrücke: consilium inire, qui coierint, auch conscii), theils die Anstiftung (cujus ope, consilio, opera, dolo malo factum fuerit, qui curaverit aliquid fieri, sollicitaverit, concitaverit etc.), und sie sagen daher auch wohl in Beziehung auf eine bestimmte Lex: In hac lege dolus pro facto accipitur [2]), was indeß auch dazu benutzt wird, um die Straflosigkeit der culpa (selbst der culpa lata) nach dieser Lex zu deduciren.

§. 80.

Der Begriff der Römischen Privatdelicte wurde von den Juristen theils mit Rücksicht auf die darüber disponirenden Gesetze und Edicte des Prätors theils mit Beachtung der Ansichten des gemeinen Lebens festgestellt. Ein überall durchblickendes Princip, welches auf die Bildung der Begriffe den entschiedensten Einfluß äußerte, war aber das, daß der einzelne Privatus nur insofern zur Klage auf Privatstrafe berechtigt erscheinen könne, als er wirklich die

1) Sent. rec. V. 29. §. 1. cf. L. 7. §. 4. D. ad L. Jul. maj. (XLVIII. 4.) Tacitus Ann. I. c. 72. „facta arguebantur, dicta impune erant" und überhaupt Bynkershoek Observ. III. c. 10. und Sanio l. c. p. 93 seq.

2) L. 7. D. ad L. Corn. de sicar. cf. Lelièvre p. 68. 69.

Kränkung oder Verletzung eines bestimmten Rechts erfahren habe. Denn nur der Staat kann wegen der Gefahr künftiger Störung, zur Sicherung der Rechtsordnung, eine noch keine Rechtsverletzung enthaltende Handlung mit Strafe verfolgen. Dem Einzelnen, dem überhaupt kein Strafrecht zukömmt, fehlt es in solchen Fällen an einem zur Begründung der Klage nöthigen rechtlichen Interesse [1]). Hierzu kommt, daß die für die s. g. Privatdelicte angeordnete Strafe entweder in einer materiellen Talion bestand, welche eine geschehene Rechtsverletzung voraussetzt [2]), theils in einer den angerichteten Schaden, den Werth der beschädigten oder entwendeten Sache vermehrfachenden Geldstrafe, wobei also wieder ein wirklich angerichteter, materieller Schade oder wenigstens eine wirkliche Rechtsverletzung vorausgesetzt wurde [3]). Auch gebrauchten schon die ältern Gesetze dabei Ausdrücke, welche an dem Erforderniß einer wirklichen Verletzung nicht zweifeln ließen, z. B. Propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat [4]), oder Si injuriam faxit alteri viginti quinque aeris poenae sunto [5]), worüber Favorinus wieder spottet; ferner der wahrscheinlich einer Disposition der XII

1) Vergl. die Äußerung von Jacobus de Belvisio: Nec mirum — corrigendos oben §. 57. — Vergl. Unterholzner jurist. Abhandlungen. Was Cropp I. p. 68. dagegen bemerkt, trifft nicht die hier gegebene Darstellung.

2) z. B. die Bestimmung der XII Tafeln: Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. Festus s. v. Talionis, worauf sich das unterhaltende Gespräch zwischen dem Philosophen Favorinus und dem Juristen Cäcilius bei Gellius N. A. XX. 1. ebenfalls bezieht. Vergl. auch Gajus III. §. 223. Paulus S. R. V. 4. §. 6.

3) Cf. Cropp l. c. I. p. 69.

4) Gajus l. c. — §. 7. Inst. de injur. Collatio II. §. 5. Paulus S. R. l. c.

5) Gellius XX. 1.

Tafeln über das dammum injuria datum angehörige Ausdruck Rupitias, wovon Festus sagt: in XII. significat damnum dederis [1]). Insbesondere bedrohten sie auch das widerrechtliche Abhauen von Bäumen, was man noch später entweder aus der Lex Aquilia oder nach den XII Tafeln zu verfolgen gestattete [2]), und wie streng man sich z. B. hier gerade bei der Klagformel an die Worte der XII Tafeln anschloß, lehrt Gajus IV. §. 11. Wollte man aber auch die Erklärung des Ausdrucks caedere [3]), wonach darunter auch das ferire caedendi causa zu verstehen sey, auf die Disposition der XII Tafeln beziehen, so würden sie immer noch eine wirkliche Verletzung des Baumes verlangen. — Daß die Strafe des furti manifesti nach den XII Tafeln capitalis war, ist zwar richtig [4]), allein daraus folgt durchaus nichts für die Strafbarkeit des bloßen Versuchs. Überdies ordneten ja auch schon die XII Tafeln für das furtum nec manifestum die poena dupli an [5]), und auch jene poena capitalis wurde durch das Prätorische Edict in eine quadrupli actio verwandelt [6]). Nun wenigstens mußten für beide Arten des furtum ganz gleiche Grundsätze gelten.

§. 81.

Das furtum besteht nach der Ansicht der Römer in

1) Vergl. damit die Äußerung Ulpians in L. 1. pr. D. IX. 2. „die Lex Aquilia habe alle älteren Gesetze über diesen Gegenstand aufgehoben."

2) Plinius Hist. nat. Lib. XVII. c. 1. L. 1. 11. D. Arbor. furtim caes. Dirksen, übersicht der Versuche. S. 557. 558.

3) In L. 5. D. arb. furt. caes.

4) Gellius N. A. XI. c. 18. VII. c. 15. Gajus III. §. 189. Servius ad Virgil. Lib. 8. v. 205. Vergl. Dollmann, die Entwendung. S. 30 ff.

5) Gellius XI. 18. Gajus III. §. 190.

6) Gajus III. §. 189. IV. §. 111. und Theophilus ad pr. Inst. IV. 12.

einer heimlichen widerrechtlichen (wider Willen des Berechtigten) vorgenommenen Contrectation der Sache cum animo lucri faciendi, mag nun das Recht auf die ganze Sache, das Recht auf usus oder possessio dadurch verletzt werden [1]). Sobald es einer Handlung an einem dieser Merkmale fehlt, so findet die furti actio nicht Statt, sollte es auch nach der Meinung des Handelnden vorhanden gewesen seyn, nam sola cogitatio furti faciendi non facit furem [2]). Vor allen Dingen ist daher eine wirkliche Contrectation erforderlich, und wo es dazu nicht gekommen ist, kann nicht geklagt werden. Daher genügt nicht das bloße Ableugnen einer schon detinirten Sache [3]), und — was wir insbesondere als Versuch des Diebstahls betrachten, — nicht das Einschleichen in ein Haus in diebischer Absicht. Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit [4]). Ebensowenig begründet die Aufreizung zum Diebstahl die Diebstahlsklage, wenn die Entwendung nicht erfolgte [5]), und straflos ist auch Derjenige, welcher nicht wußte, daß ihm der Eigenthümer die Entwendung der Sache erlaubt habe [6]), oder der irriger Weise eine eigene oder derelinquirte Sache entwendet [7]), — lauter Fälle, wo wir geneigt sind, wenigstens von einem straf-

1) Vergl. darüber die neuere Untersuchung von C. Fr. Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts. Kempten. 1834. S. 1 — 24.

2) L. 1. §. 1. D. de furtis.

3) L. 1. §. 2. L. 67. pr. D. eod.

4) L. 21. §. 7. D. eod. Paulus Sent. rec. II. 31. §. 35. Qui furandi animo conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest.

5) L. 36. pr. L. 52. §. 19. D. eod.

6) §. 8. Inst. IV. 1. Anderer Meinung war Pomponius L. 46. §. 8. D. de furtis.

7) L. 43. §. 5. 10. 11. D. ibid.

baren Versuche zu sprechen. — Dieselben Grundsätze werden von den Römischen Juristen beim damnum injuria datum und bei der injuria zur Anwendung gebracht. Denn was ersteres betrifft, so mußte schon nach den Worten des aquilischen Plebiscits die Gestattung der Klage auf wirkliche Tödtung eines servus oder quadrupes beschränkt werden [1]). Selbst eine absichtliche Verwundung berechtigt daher den Herrn nicht gegen den Thäter de servo occiso zu klagen, wenn der Sclave nicht an dieser Wunde gestorben ist [2]). Ebenso muß, was die injuria betrifft, die widerrechtliche Handlung wirklich vorgenommen seyn, damit die injuriarum actio Statt finde [3]), und auch Derjenige kann nicht belangt werden, welcher zur Beleidigung eines Andern Veranstaltung getroffen oder einen Andern dazu angestiftet hat, sobald die Beleidigung in der That nicht erfolgte. Si curaverit quis alicui convicium fieri, non tamen factum sit: non tenebitur [4]). Zweifel gegen die Straflosigkeit des bloßen Versuchs der Injurie könnte entnommen werden aus L. 15. §. 1. D. de injuriis:

1) L. 2. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) Lege Aquilia capite primo cavetur: qui servum — — injuria occiderit: quanti id in eo anno plurimi fuerit, tantum aes domino dare damnas esto. Daher finden wir auch nur in dieser Beziehung Untersuchungen der Römischen Juristen über die für unser heutiges Strafrecht so wichtige Frage über den Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg. Nach den Bestimmungen der Lex Corn. de sicar. mußten solche Untersuchungen als nutzlos erscheinen.

2) L. 11. §. 3. L. 15. §. 1. D. ad L. Aquil.

3) L. 15. §. 17. D. de injur. (XLVII. 10.) Abduxisse videtur, ut Labeo ait, non qui abducere comitem coepit, sed qui perfecit, ut comes cum eo non esset.

4) L. 15. §. 10. D. eod. cf. L. 11. pr. §. 3. eod. Si mandatu meo facta sit alicui injuria plerique ajunt, tam me, qui mandavi, quam eum qui suscepit, injuriarum teneri. Also selbst daran scheint man früher gezweifelt zu haben, ob wohl die mit Erfolg begleitete Anstiftung den Anstifter verantwortlich mache.

Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae et saepe territus, quasi vapulaturus, non tamen percussit: utili injuriarum actione tenetur.

Allein es ist leicht einzusehen, daß hier zwar gewisser Maßen von einem Versuch einer Real-Injurie die Rede ist, daß dieselbe aber eine vollendete symbolische Injurie in sich enthält. Denn wer wird zweifeln, daß Derjenige, welcher einem Andern in beleidigender Absicht vor dem Gesicht herumfährt, gleichsam als wolle er ihm Nasenstüber oder Ohrfeigen geben, sich einer Injurie schuldig mache?

§. 82.

Auch bei denjenigen Handlungen, welche im Edicte des Prätors mit gewissen nachtheiligen Folgen bedroht waren, hielten die Römer den Grundsatz fest, daß die Handlung ihrem Begriffe nach vollständig vorliegen müsse, und erwähnen dabei zuweilen ausdrücklich den Gegensatz zwischen einer vollendeten und einer nicht vollendeten, ohne Erfolg gebliebenen Handlung. Es gehören hierher hauptsächlich diejenigen Stellen des Römischen Rechts, welche schon den Glossatoren Zweifel über die allgemeine Strafbarkeit des Versuchs nach Römischem Rechte erregten und deshalb zur Unterscheidung von delicta atrociora und leviora führten. Am häufigsten ist

1. eine auf das Edictum Quod quisque juris in alterum statuerit sich beziehende Erklärung **Ulpians** benutzt worden, welcher sagt [1]):

Haec autem verba: *quod statuerit*, *qui jurisdictioni praeest*, **cum effectu** accipimus, non verbotenus, et ideo, si cum vellet statuere, prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat edictum. Nam *statuit* verbum rem **perfectam** significat et **consumma-**

1) L. 1. §. 1. D. Quod quisque juris (II. 2.)

tam injuriam, non coeptam. Et ideo si quis inter eos dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit: quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia cessare edictum putamus, quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?

Hier ist also so deutlich wie möglich ausgesprochen, daß man sich an die wahre, dem Sinn des Gesetzes entsprechende Wortbedeutung halten müsse, um sagen zu können, ob und in wie weit eine Handlung unter das Gesetz falle, und wenn bald darauf [1]) gesagt wird, es genüge, si quis iniquum jus impetravit — licet usus non sit —, wozu die Commentatoren wohl bemerken: et sic affectus punitur sine effectu, — so ist dies ebensowenig eine Ausnahme von der Bestimmung der L. 1. §. 1. cit., als die letztere sich als eine Abweichung von einem angeblichen allgemeinen Princip des Römischen Rechts ankündigt, sondern in beiden Fällen wird ein und dieselbe Interpretations-Regel zur Anwendung gebracht. — Auf ähnliche Weise wird

2. in Beziehung auf das edictum de in jus vocando gesagt [2]):

Docere autem debet quis, per hanc exemtionem factum, quominus in jus produceretur. caeterum si nihilominus productus est, cessat poena; quoniam verba cum effectu sunt accipienda.

Man vergleiche dann ferner:

3. die auf das Edictum de postulando [3]), de his qui notantur infamia [4]) und das Edictum de publi-

1) L. 3. pr. D. eod.

2) L. 5. §. 2. D. Ne quis eum (II. 7.)

3) L. 1. §. 6. D. de postul. (III. 1.)

4) L. 1. D. de his qui not. (III. 2.) und die auf das in scenam prodierit sich beziehende Erläuterung in L. 3. D. eod. „Qui autem operas suas locavit, ut prodiret artis ludicrae causa,

canis [1]) sich beziehenden Stellen, in Beziehung auf welche auch Cropp [2]) sagt:

Et generaliter dixerim, quotiens delictum aliquod in edictum praetoris incidit, nisi de conatu puniendo specialiter sancitum fuerit, caute et circumspecte egisse Romanos, ne dum verbotenus edicto utentes ad conatum illud quoque traherent, in fraudem edicti facerent salvisque verbis sententiam ejus circumvenirent.

§. 83.

Obgleich also die Römer den Versuch eines bestimmten Privat-Verbrechens ebensowenig als strafbar betrachten als den Versuch eines Verbrechens, für welches ein judicium publicum angeordnet ist, so kann doch eine Versuchshandlung insofern eine Klage auf Strafe begründen, als sie sich unter den Begriff eines andern Verbrechens subsumiren läßt. Von der größten Wichtigkeit war in dieser Beziehung der vielumfassende Begriff der injuria, unter welchen jede den allgemeinen menschlichen und bürgerlichen Rechten widersprechende Handlung subsumirt werden konnte, insofern sie nicht durch ihren Gegenstand, ihren Erfolg u. s. w. einen bestimmtern Character hatte und deshalb eine besondere Klage begründete. Ein anderes, sogar in judicio publico zu behandelndes Verbrechen von vielumfassendem Begriffe, ist das crimen vis. Denn das Mittel zur Erreichung verbrecherischer Zwecke ist sehr häufig Gewalt.

nec prodiit: non notatur, quia non est ea res adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat." Diese letzte Äußerung ist nur ein Nebengrund gegen eine etwa zu versuchende Extensiv-Interpretation und kann uns nicht einmal berechtigen, wegen L. 14. D. de poenis eine Ausnahme hinsichtlich der Soldaten zu machen.

1) L. 1. D. de publicanis (XXXIX. 4.) cf. L. 5. C. de vectigal. (IV. 61.)

2) l. c. Sect. I. p. 73.

Insofern nun z. B. der Versuch eines Diebstahls unter den Begriff der Injurie oder der vis fällt, wird er allerdings eine actio oder accusatio gegen den Thäter begründen, jedoch niemals in seiner Eigenschaft als Versuch des Diebstahls. Daher konnte es den Römern auch gar nicht einfallen, in einem solchen Falle vielleicht gar von einer Concurrenz eines versuchten und vollendeten Verbrechens oder einem qualificirten Versuch zu sprechen. An bestimmten Belegen für das Bisherige fehlt es nicht. Wir haben schon oben (§. 81.) gesehen, daß derjenige, welcher in diebischer Absicht ein Haus oder Zimmer betritt, mit der furti actio nicht belangt werden kann, weil es an einer zum Begriff des furtum gehörigen Contrectation einer beweglichen Sache fehlt; doch fügt schon Paulus [1]) hinzu: injuriarum potest (sc. conveniri) und Ulpian [2]) sagt:

Quid ergo? qua actione tenebitur? utique injuriarum, aut de vi accusabitur, si per vim introivit.

Denn das Betreten eines fremden Hauses wider Willen des Eigenthümers ist Injurie [3]). Endlich kann der Versuch des Diebstahls auch unter die Lex Cornelia de sicariis fallen wegen der Bestimmung: qui hominis necandi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit [4]). Irren würde man aber, wenn man glauben wollte, die Lex habe den Versuch des Diebstahls als solchen hierdurch bestrafen wollen. Vielmehr ist es der aus der Bewaffnung des Diebes präsumirte eventuelle animus necandi, welchen die Lex mit der Strafe bedrohen will. — Auch kann man nicht

1) Sent. rec. II. 31. §. 35.

2) L. 21. §. 7. D. de furtis.

3) Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in jus vocati, actionem injuriarum in eum competere, Ofilius ait. L. 23. D. de injur.

4) L. 1. §. 1. D. ad L. Corn. de sicar.

behaupten [1]), daß durch die in L. 20. Cod. de furtis enthaltene Entscheidung Justinians der Versuch der Privatdelicte der allgemeinen Regel über die Strafbarkeit des Versuchs unterworfen worden sey, weil es niemals eine solche allgemeine Regel gegeben hat. Justinian entscheidet hier die Streitfrage, ob in dem Falle, wo Jemand einen fremden Sclaven zu verleiten suchte, ut aliquam rem domini sui surriperet et ad se deferret, servus autem hoc domino manifestaverit, et domino concedente res ejus ad iniquum hujusmodi suasionis auctorem pertulerit, et ipse inventus fuerit rem detinens, die furti oder servi corrupti actio, oder die eine und die andere gegen den Anstifter begründet sey, dahin, daß beide Klagen Statt finden sollten. Als Gründe werden angeführt: Licet enim servus minime deterior factus est, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, et quemadmodum secundum juris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra voluntatem domini res ejus contrectat, ipse autem propter dolum suum tenetur: ita et servi corrupti contra eum actio propter suum vitium, non ab re, extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita, tanquam re ipsa fuisset servus corruptus: ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui facile possit corrumpi, hoc facere pertentet. Allein aus dieser höchst singulären Vorschrift läßt sich keineswegs ableiten, daß nach Justinians Absicht es nun bei sämmt-

1) Cf. Cropp l. c. II. p. 140. gegen seine eigne Erklärung I. p. 70., daß die L. 20. C. de furtis von einem vollendeten Diebstahl mit Mangel am Thatbestand spreche. — Auch Welcker über Recht, Staat und Strafe S. 559. findet in der L. 20. cit. eine allgemeine Verordnung gegen die Straflosigkeit des Versuchs bei Privatdelicten. S. dageg. Wächter Strafr. I. S. 53.

lichen Privatdelicten blos auf das Daseyn des in äußere Handlungen übergegangenen bösen Willens ankommen solle. Nicht einmal so viel kann man zugeben, daß überhaupt beim Diebstahl auf das Merkmal invito domino nicht zu sehen sey, wenn der Thäter das Vorhandenseyn desselben supponirte. Denn die Pandekten [1]) und Institutionen [2]) lehren das Gegentheil, und Justinian stellt auch in letzteren die im Auszug mitgetheilte L. 20. cit. nur als Ausnahme hin. Der von Justinian gebrauchte Entscheidungsgrund: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est scheint freilich auf ein allgemeineres Prinzip hinzudeuten, allein ein sicherer Schluß läßt sich hieraus so wenig begründen, als uns die Schlußworte der Stelle ne ex hujusmodi impunitate etc. zu der Annahme berechtigen, daß dem Römischen Strafrechte die Präventions-Theorie zu Grunde liege.

§. 84.

Wenden wir endlich unsern Blick auf die crimina, welche extra ordinem bestraft werden, so wird auch hinsichtlich dieser wenigstens nach dem neusten Römischen Rechte die allgemeine Strafbarkeit des Versuchs behauptet [3]). Allein nach Gründen zur Unterstützung dieser Ansicht sucht man vergebens, wenn man nicht die Hypothese, daß das Römische Recht später das bei den criminibus publicis angeblich geltende Prinzip immer weiter ausgedehnt habe, anerkennen will. Auch hat man den Umstand, daß in einigen Stellen von Strafbarkeit auch ohne effectus und von einem imperfectum flagitium gesprochen wird, dazu benutzt, um wieder zu generalisiren.

1) L. 46. §. 8. D. de furtis.

2) §. 8. Inst. de obl. quae ex delicto nasc. (IV. 1.)

3) Cropp l. c. I. p. 74.

Am richtigsten wird sich unsere Ansicht gestalten, wenn wir zunächst zu erforschen suchen, wie sich die s. g. crimina extraordinaria gebildet haben. — Zur Zeit der Republik wissen wir nichts davon. Der Kreis der Verbrechen beschränkte sich auf diejenigen Handlungen, für welche eine Lex ein publicum judicium angeordnet hatte. Nur in Fällen, wo wegen einer die Sicherheit und Ruhe der Republik bedrohenden That die bestehenden Leges nicht auszureichen schienen, wurde entweder vom Senat decretirt, ut veteribus legibus extra ordinem quaereretur, oder durch eine specielle Lex eine nova quaestio, ein novum judicium angeordnet [1]). In andrer Hinsicht trat die censorische Strafgewalt in Rom ergänzend ein und ahndete eine Menge von Handlungen, welche unter kein bestimmtes Strafgesetz fielen [2]). — Nach dem Ende der Republik gingen nach und nach alle Zweige der Staatsgewalt auf die Kaiser über und so auch die Strafgewalt, die sie durch den Praefectus urbi und die Praesides ausüben ließen. Insofern wurden nun alle judicia, was das Recht der Cognition darüber betrifft, judicia extraordinaria, so wie man auch hinsichtlich der probatio und poena von dem alten ordo exercendorum publicorum judiciorum abwich [3]). An=

1) Cicero pro Milone c. 6. in Verrem Act. II. Lib. I. c. 42. Birnbaum im N. Archiv Bd. VIII. S. 686. Meine Schrift über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. S. 70 f.

2) S. Jarcke Versuch einer Darstellung des censor. Strafrechts der Römer. Bonn 1824. S. 20 ff.

3) Paulus in L. 8. D. de publ. jud. (XLVIII. 1.) Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur. L. 1. §. 3. D. de poenis — in legibus publicorum judiciorum vel privatorum criminum, qui extra ordinem cognoscunt praefecti, vel praesides, ut eis, qui poenam pecuniariam egentes eludunt, coërcitionem extraordinariam indicant. L. 1. pr. D. de offic. praef. urbi

dererseits wurden nach und nach eine Menge Handlungen, die bisher nicht criminell bestraft worden waren, extra ordinem geahndet, wodurch sich die s. g. crimina extraordinaria im engern Sinne bildeten. Indessen hielt man sich doch auch in dieser Beziehung an gewisse Schranken, indem man theils die Strafe dieser oder jener Lex auf gewisse nicht genannte Fälle zur Anwendung brachte [1]), theils den vielumfassenden Begriff der Privatdelicte, bei denen man nach und nach auch eine öffentliche Strafe für zulässig hielt, dazu benutzte, um eine accusatio des Verletzten [2]) auf öffentliche Strafe zu gestatten. Denn jemehr das schlechte Gesindel in Rom sich häufte, desto mehr mußte z. B. die Zahl der Diebstähle zunehmen und die Klage auf Privatstrafe als unzulänglich erscheinen. Daher sagt Ulpian [3]): „Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere: non quasi publicum sit judicium, sed quia visum est, temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coërcendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere." In geringern Fällen erkannte der praefectus vigilum, in schwerern der praefectus urbi [4]), zuerst vielleicht nur über solche,

(I. 12.) Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit. Vergl. auch L. 10. 11. D. de off. praesidis (I. 18.) L. 7. D. de off. procons. (I. 16.) — L. 3. §. 5. D. ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) L. 7. D. ad L. Fabiam (XLVIII. 15.)

1) z. B. die Lex Corn. de falsis. Aus dem Schwanken zwischen falsum und furtum erklärt sich dann wieder das umfangreiche crimen stellionatus. S. auch z. B. über das crimen sepulcri violati L. 8. D. de sep. viol. (XLVII. 12.)

2) L. 7. pr. D. de incendio (XLVII. 9.) „— his, qui res suas direptas queruntur." §. 10. Inst. de injur. Birnbaum im N. Archiv Bd. VIII. S. 648.

3) L. ult. D. de furt.

4) L. 3. pr. D. de off. praef. vig. Cognoscit praefectus vigilum

welche auf der That ertappt waren [1]), und deren Vergehen für die öffentliche Sicherheit und den Wohlstand der Provinzen besonders gefährlich erschien [2]), obwohl das furtum nach und nach ohne Zweifel seinem ganzen Umfang nach einer extraordinaria cognitio unterworfen worden ist [3]). Andrerseits muß aber auch behauptet werden, daß nur insofern eine accusatio auf öffentliche Strafe Statt fand, als die actio auf Privatstrafe begründet gewesen seyn würde, daß also z. B. das furtum als s. g. crimen extraordinarium denselben Umfang, dieselbe Begriffsbestimmung hatte, wie das furtum als Privatdelict. Hätte also, worauf es uns hier blos ankömmt, der Versuch als solcher eine accusatio extra ordinem begründet, so würde gewiß dies anzuführen nicht unterlassen worden seyn. So schließt z. B. schon der Begriff des abigeus jede Strafbarkeit des Versuches aus [4]), und wenn es, was jedoch noch bezweifelt werden kann, bei den s. g. effractores und directarii auf die wirkliche Vollbringung der Entwendung nicht angekommen seyn sollte, so liegt doch der Grund davon, wie wir bald sehen werden, keineswegs darin, daß man hier den Versuch des Diebstahls abgesehen von allem Gelingen

de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus: nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur.

1) Dollmann die Entwend. S. 51.

2) Dazu gehören diejenigen Fälle, welche wir in den Digesten noch zum Theil in besondern Titeln abgehandelt finden, die abigei, fures nocturni, et balnearii, saccularii, directarii, effractores. Dig. XLVII. tit. 14. 17. 18. 19.

3) Die gewöhnliche Meinung ist dagegen. S. indeß Dollmann l. c. S. 52. 53. Eine Ausnahme machen nur die furta domestica. L. 11. §. 1. D. de poenis (XLVIII. 19.)

4) L. 1. §. 1. L. 3. D. de abigeis (XLVII. 14.) L. 16. §. 7. D. de poen. (XLVIII. 19.)

hätte bestrafen wollen, sondern ist ein ganz anderer, obwohl auch sehr nahe liegender.

§. 85.

Bei der Betrachtung der von den s. g. criminibus extraordinariis handelnden Quellen muß nämlich jedem Unbefangenen bald der nahe Zusammenhang auffallen, in welchen die Mehrzahl derselben mit der injuria gesetzt wird, und es ist offenbar, daß diejenigen crimina extraordinaria, die wir wohl als Versuche anderer Verbrechen zu betrachten pflegen, gar nicht deshalb und als solche bestraft wurden, sondern lediglich aus dem Grunde, weil man für diese unter den Begriff der Injurie fallenden Handlungen die actio injuriarum bald nicht mehr für ausreichend und auch eine öffentliche Bestrafung für nothwendig erachtete. Dafür spricht theils schon der formelle Grund, daß sich in den Pandekten die extraordinaria crimina unmittelbar an die Lehre von den Injurien anschließen [1]) und daß mehrere der erstern in den Titeln de injuriis, sowohl bei Paulus in den Sententiae receptae, als in den Justinianischen Institutionen, aufgeführt werden, theils daß in mehrern Fällen die Strafbarkeit ausdrücklich auf das Daseyn des Begriffs der injuria gestützt wird. Dies gilt zunächst von denjenigen Handlungen, welche in L. 1. D. de extraordinar. criminibus aufgeführt werden und die wir als Versuche zu einem natürlichen oder unnatürlichen Geschlechtsgenuß betrachten und bestrafen würden. Wer Jungfrauen oder Weiber durch unzüchtige Anträge verletzt (appellare virgines etc.), wer ihnen beständig nachgeht und sie dadurch in üblen Ruf bringt (adsectari), wer durch Gewalt oder Überredung ihre Begleitung entfernt (abducere comites),

1) Selbst der Umstand, daß in der unmittelbar vorhergehenden L. ult. D. de injur. von der extraordinairen Bestrafung der Injurien die Rede ist, weist auf diesen Zusammenhang hin.

fällt als Injuriant unter das Edict über Injurien contra bonos mores [1]). Ebenso die sollicitatores alienarum nuptiarum, matrimoniorum interpellatores. In der Wahl des Beleidigten stand es nun, ob er civiliter oder criminaliter klagen wollte. Geschieht das Letztere, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur [2]). Welche Strafe vom Richter zufolge des Gerichtsgebrauchs für solche Injurien zu erkennen sey, wird dann sogleich mit angegeben [3]). Justinians Compilatoren stellten dies aber unter die neugebildete Rubrik de extraordinariis criminibus. Hieraus ergiebt sich ganz klar, daß, wenn Paulus auch sagt: Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur, er keineswegs damit andeuten will, daß diese Handlungen als Versuch des Ehebruchs zu bestrafen seyen, sondern er will nur ihre extraordinäre Bestrafung als Injurie durch die moralische

1) L. 15. §. 15 — 25. D. de injuriis. Gajus III. §. 220. — §. 1. Inst. de injur.

2) §. 10. Inst. IV. 4.

3) Paulus S. R. tit. de injuriis V. 4. §. 4. Corpori injuria infertur, cum quis pulsatur, cuique stuprum infertur, aut de stupro interpellatur: quae res extra ordinem vindicatur, ita ut pulsatio pudoris poena capitis vindicetur. Der hierauf folgende §. 5. ist übergegangen in L. 1. pr. D. de extraord. crim. und der §. 14. in L. 1. §. 2. eod. Die letztere Stelle lautet mit den bei Paulus vorkommenden Abweichungen: Qui puero [praetextato Paul.] stuprum [aliudve flagitium] abducto ab eo, vel corrupto comite persuaserit, [aut] mulierem puellamve interpellaverit, quidve corrumpendae pudicitiae [impudicitiae] gratia fecerit, donum [domum bei Paul. cf. L. 37. in f. de minor. L. 8. D. de adult.] praebuerit, pretiumve quo is [id] persuadeat, dederit: perfecto flagitio, punitur capite, imperfecto in insulam deportatur. Corrupti comites summo supplicio afficiuntur.

Schändlichkeit der Handlung rechtfertigen; und daß ferner, wenn er bald darauf zwischen perfectum und imperfectum flagitium unterscheidet, dies keineswegs der juristische Gegensatz von Versuch und Vollendung seyn soll, weil das, was er imperfectum flagitium nennt, schon alle Merkmale des Begriffs der injuria in sich vereinigt und weil der Umstand, ob der Thäter seinen Zweck erreicht, einen Schaden angerichtet hat oder nicht, nur auf die Zumessung der Strafe von Einfluß ist. Denn überall, wo die Bestimmung der Strafe dem richterlichen Ermessen überlassen ist, muß er pro modo delicti, pro qualitate admissi ahnden [1]).

§. 86.

Ebenso läßt sich, was den so vielfach besprochenen s. g. Directariat der Römer betrifft [2]), welcher in den Pandekten unter den extraordinariis criminibus genannt wird, derselbe Zusammenhang nachweisen. Ulpian sagt: Directarii appellantur — qui in aliena coenacula se dirigunt furandi animo. Deshalb hat man gemeint, der Directariat sey ein auf gewisse Weise qualificirter Versuch des Diebstahls, und hat ihn auch zum Beweise für die allgemeinere Strafbarkeit des Versuchs benutzt, obgleich schon der Nachsatz bei Ulpian, daß die directarii plus quam

1) L. 7. D. de L. Fabia de plag. (XLVIII. 15.) L. 3. D. ad SCtum Turp. (XLVIII. 16.) — L. 11. pr. D. de poen.

2) Vergl. Feuerbach civil. Versuche. Gießen 1830. Bd. I. Nr. 5. Grosse der Begriff des Directariats. Göttingen 1804. Dabelow über den s. g. Directariat der Römer. Halle 1804. Pernice de furum genere, quod vulgo directariorum nomine circumfertur. Göttingen 1821. Dick historische Versuche über das Criminalrecht der Römer. Halle 1822. S. 197 — 227. Eine Relation der verschiedenen Ansichten mit gewohnter Gründlichkeit giebt Wächter Strafrecht II. 332 — 337.

fures zu bestrafen seyen, gegen jene Ansicht einiges Bedenken hätte erregen müssen. Auch wird ja, wie wir gesehen haben, sowohl von Ulpian als von Paulus die Strafbarkeit des Versuchs des Diebstahls, als eines solchen, bestimmt in Abrede gestellt (vergl. oben §. 81. 83.). Soviel ist zunächst gewiß, daß das Vergehen der im gemeinen Leben (vulgo) s. g. directarii von den Römern zu der Injuria gezählt wurde. Denn Paulus erwähnt es im Titel de injuriis und sagt darüber im §. 8: Mixto jure (i. e. lege et moribus) injuriarum actio — constituitur, quoties quis pulsatur, vel cujus domus introitur ab his, qui vulgo directarii appellantur; denn ihre That falle theils unter die Lex Cornelia de injuriis, theils werde sie nach dem Herkommen mit einer dem richterlichen Ermessen überlassenen Strafe geahndet. Gewiß ist ferner, daß zum Thatbestand ein invito domino geschehenes Eindringen in fremde Wohnungen gehörte. Bezweifelt kann dagegen werden, ob zum Begriff des Directariats erforderlich war, daß dieses Eindringen, vielleicht durch Einsteigen auf ungewöhnlichem Wege [1]), nothwendig furandi animo geschehen sey, was man auf den Grund von Ulpians Äußerung gewöhnlich annimmt. Paulus sagt dies nicht, und es scheint vielmehr in den gewöhnlich übersehenen Worten: „in quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius (?) ingruentis consilium pro modo commentae fraudis poena vindicetur exsilii, aut metalli aut operis publici" ein deutlicher Beweis zu liegen, daß der Begriff des directarius nicht auf die Absicht zu stehlen beschränkt war, wenn gleich dies einer der gewöhnlichsten Fälle seyn mochte. Diesen haben denn auch lediglich die Basiliken [2]) und die schon

1) Cf. Cropp de praec. jur. Rom. II. p. 146.

2) Die Basiliken übersetzen die Stelle Ulpians: *Oἱ ... διαίτας ἀλλοτρίας διὰ τὸ κλέψαι ὑπεισιόντες ...*

von Cujacius mitgetheilten alten Glossen bei ihren Übersetzungen und Umschreibungen im Auge [1]. — Mag sich aber in dieser Beziehung die Sache verhalten haben, wie sie wolle, soviel bleibt immer gewiß, daß der Directariat nicht deswegen bestraft wurde, weil er Versuch des Diebstahls war und weil man den bloßen Versuch schon für strafbar gehalten hätte [2]. Dasselbe gilt auch von den s. g. effractores. Auch bei diesen wurde wohl schon das bloße Einbrechen, nur nicht als Versuch des Diebstahls, bestraft [3], während bei den expilatores [4] und abigei [5] nur von wirklich vollbrachten Entwendungen die Rede ist. — Gelegentlich hier auch noch ein Paar Worte über die Lex Julia peculatus, wodurch bekanntlich die Entwendung und Unterschlagung einer res sacra und religiosa (ein furtum hieran ist nicht möglich, weil sie in Niemandes Eigenthum sind) und die Entwendung von Staatsgut von einer Person, die nicht dafür einzustehen hat, — und über die Lex Julia de residuis, wodurch derjenige, welcher das ihm zur Verwaltung anvertraute Staatsgut bei sich behält, oder für sich verwendet, oder nicht seiner Pflicht gemäß verausgabt, einem judicium publicum unterworfen wurde [6]. Auch hier liefern die Quellen hinreichenden Beweis dafür,

1) Cujacius Observ. X. 27. „Directarius, hoc est ὁ εἰς τὰς ἀλλοτρίας ἕνεκεν τοῦ κλέψαι εἰςερχόμενος οἰκίας ...

2) Selbst Cropp l. c. p. 148. giebt dies zu, indem er sagt: Quae cum ita sint, nec directarios, nec effractores proprie fures dici posse, sed potius injuriarum nomine teneri videntur. Nicht zu billigen ist daher die Äußerung Dollmanns von der Entwendung. S. 56. 57.

3) L. 3. §. 2. D. de offic. praef. vig. L. 1. §. 2. D. de effractor. (XLVII. 18.) In der letzten Stelle ist freilich von einer vollbrachten Entwendung die Rede.

4) L. 1. §. 1. D. de effr. et expilator. Cropp l. c. p. 150.

5) L. 1. D. de abigeis (XLVII. 14.) — Dollmann l. c. p. 56.

6) Cf. Dig. XLVIII. 13.

daß man an eine Bestrafung des Versuchs nicht dachte, wenn gleich nach der Lex Julia de residuis auch schon Handlungen unter das Gesetz fielen, die man als Versuchshandlungen betrachten könnte [1]). — Dasselbe gilt von der Lex Julia repetundarum, wobei schon der Begriff der pecuniae repetundae die Strafbarkeit des Versuchs ausschließen mußte. Daher fast in jeder Stelle das Wort cepit, ceperit, acceperit, accepta pecunia. Gleichgestellt ist jedoch das in acceptum ferre [2]), und Justinian bedroht auch das bloße Versprechen [3]).

§. 87.

Andere crimina extraordinaria, hinsichtlich welcher sich nachweisen läßt, daß ihre Strafbarkeit darauf beruhte, daß man sie unter den Begriff der injuria subsumirte, sind: 1. die calumnia, insoweit sie nicht dem judicium publicum der L. Rhemmia anheim fiel, welche die Strafe der Talion angeordnet haben soll [4]). Denn es konnte keinem

1) Die L. Julia peculatus sagte: Ne quis ex pecunia sacra, religiosa publicave, auferat, neve intercipiat neve in rem suam vertat L. 1. L. 4. pr. D. h. t. und nach der L. de residuis verfällt derjenige der gesetzlichen Strafe, welcher öffentliche Gelder retinuit, — apud quem pec. publ. resedit L. 2. L. 9. §. 6. D. eod. Daß auch der Versuch des Diebstahls einer res sacra strafbar gewesen sey, soll hervorgehen aus L. 10. §. 1. und L. 11. pr. D. h. t. Cropp I. p. 111. 112. Allein wenn auch in der ersten Stelle der Fall so gestaltet war, daß die Entwendung nicht vollbracht wurde, und in der folgenden Stelle schon das bloße Durchbrechen der Mauer bestraft worden ist, so wurde doch ohne Zweifel aus demselben Grunde gestraft, wie beim Directarius und effractor einer res privata.

2) Dig. XLVIII. 11.

3) Nov. 124. c. 2. S. jedoch Cropp II. p. 59.

4) L. 1. §. 2. D. XLVIII. 16. L. 13. D. de test. (XXII. 5.) Feuerbach Lehrb. §. 429 a. S. jedoch Paulus S. R. I. 5. §. 2. welcher sagt: Et in privatis et in publicis judiciis

Bedenken unterliegen, daß der Calumniator als Injuriant zu betrachten sey [1]). 2. Die Verunreinigung und Beschädigung öffentlicher Brunnen und Wasserbehälter, und si quis fimo corrupto aliquem persuderit, coeno, luto obliniverit [2]). 3. Die Verstandesberaubung durch Anwendung schädlicher Mittel [3]). Unter denselben Gesichtspunkt fällt auch das s. g. poculum amatorium, welches ein Senatusconsult jedoch der Lex Cornelia unterwarf [4]). 4. Die widerrechtliche Occupation von Gütern ohne Gewalt, wird als injuria bestraft [5]), und auch dem Sepulcri violati crimen liegt wohl diese Ansicht zu Grunde. Doch war Macer der Meinung, man könne dies Verbrechen unter die L. Julia de vi publ. subsumiren [6]). — Bei der Concussion [7]) und bei der Prävarication [8]), die jedoch auch publici judicii seyn können [9]), herrscht mehr der Gesichts-

omnes calumniosi extra ordinem pro qualitate admissi plectuntur. Die Compilatoren setzen statt publicis — extraordinariis. L. 3. D. Ad Sctum Turpill. (XLVIII. 16.)

1) Deshalb ist auch bei Paulus im Titel de injuriis §. 11. davon die Rede. S. auch L. 43. D. de injur. (XLVII. 10.)

2) Paulus S. R. V. 4. (de injur.) §. 13. Übergegangen in L. 1. D. de extraord. crim. — Für die Beschädigung der Wasserleitungen ordnete die L. Quinctia de aquaeductibus ein judicium an. S. Julius Frontinus, de aquaeduct. in fine.

3) L. 15. pr. D. de injur. (XLVII. 10.)

4) L. 3. §. 3. D. Ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.) L. 38. §. 5. D. de poen. (XLVIII. 19.) Daß hier die Anwendung vermeintlicher Zaubermittel zum Begriff des Verbrechens genügt, ist offenbar. Vgl. auch L. 4. Cod. de malefic. (IX. 18.) Daß aber bei der Bestrafung auch der Erfolg berücksichtigt werden soll, ist den allgemeinen Grundsätzen des Römischen Rechts ganz angemessen.

5) Paulus S. R. V. 12. §. 6.

6) L. 8. D. de sep. viol. (XLVII. 12.)

7) Dig. XLVII. 13.

8) Dig. XLVII. 15.

9) L. 2. D. de concuss. L. 3. D. de praevaric.

punkt des Betrugs und der Treulosigkeit vor, während die Strafbarkeit des Stellionatus darauf beruhte, daß man gegen denjenigen, welcher mit der de dolo actio civilrechtlich belangt werden konnte, unter Voraussetzung einer schädlichen Rechtsverletzung [1]), auch eine accusatio auf öffentliche Strafe zuließ. Von der Bestrafung des Versuchs ist auch hier nirgends die Rede.

§. 88.

Zum Schluß der Abhandlung über die absolute Strafbarkeit des Versuchs nach Römischem Rechte noch I. einige Worte über die Unterscheidung zwischen delicta atrociora und leviora, welche seit der Glosse benutzt wurde, um die angeblich sich widersprechenden Stellen des Römischen Rechts zu vereinigen [2]), und welcher dann Cropp die schon von Jacobus de Belvisio als gleichbedeutend daneben gestellte [3]) Eintheilung in crimina publica und privata substituirte. Natürlich mußte man nun wieder fragen, welche Verbrechen denn zu den leichtern und welche zu den schwerern gehörten? Darauf wußte aber Niemand eine Antwort zu geben [4]). Daher war auch, wie Clarus bezeugt [5]), die Praxis sehr verschieden (pluries vidi in his casibus diversimode judicari), so daß z. B. wie Derselbe erzählt, in specie de pudicitia attentata Petrus Vicarietus, qui puellae nubilis lectum ascenderat et pectus tetigerat, neque ultra progressus fuerat, habita remissione fuit absolutus. Auch Cujacius giebt keine nähere Bestimmung über die Gränze zwischen den delictis

1) Dies beweisen alle vom Stellionat redenden Stellen Dig. XLVII. 20. Cod. IX. 34.

2) Vergl. oben §. 55 ff.

3) S. oben §. 58.

4) Cf. Lelièvre de conat. delinq. p. 70 seq.

5) Sententiar. Lib. V. §. Fin. Qu. 92.

atrocioribus und levioribus, scheint indeß nach andern Äußerungen bei den letztern blos an die Fälle zu denken, wo im Edicte des Prätors ausdrücklich effectus zur Strafbarkeit verlangt werde [1]). Was nun aber die Ansicht Cropps [2]) betrifft, so soll zwar der Ausdruck maleficia in dem Rescripte Hadrians alle Delicte umfassen, dann aber aus Ulpians Äußerung in L. 5. §. 2. D. de poenis („Refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur an casu, et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justam eligere debet aut temperamentum admittere") hervorgehen, daß nur bei den größern Verbrechen oder den criminibus, h. e. (nach Brisson) omnibus delictis, quae ad publicam coërcitionem spectant, auf den bösen Willen und nicht auf den Erfolg gesehen werde. Jam vero, fährt Cropp fort [3]), si quaesiveris, quaenam atrociora, quaenam leviora delicta a Romanis dicta sint, tum ex fragmento modo relato, tum ex aliis legibus inter se comparatis elucet, ejus divisionis eandem vim esse, quam si delicta in publica et privata dividimus. — Allein diese ganze Ansicht beruht auf unrichtigen Voraussetzungen und Folgerungen. Denn was zunächst den Ausdruck maleficia im Rescripte Hadrians betrifft, so ist derselbe, wenn man nicht die Bynkershoekische Beschränkung beliebt, eine ganz allgemeine Bezeichnung für alle Verbrechen, ohne Unterschied ob sie publica oder privata sind, und umfaßt auch geringere Vergehen [4]). Ebenso wenig kann der Aus-

1) Cujacius Observ. Lib. XV. c. 25. vgl. mit Lib. VIII. c. 22.

2) Cropp de praec. jur. Rom. Sect. I. p. 66 seq.

3) ibid. p. 68.

4) Cicero pro Rosc. Amer. c. 22. Quod in minimis noxiis et in his levioribus peccatis, quae magis crebra et jam prope quotidiana sunt, maxime et primum quaeritur, quae causa maleficii fuerit ...

druck crimen auf die öffentlich strafbaren Verbrechen beschränkt werden, sondern wird auch für Privat-Delicte gebraucht [1]). Wie ferner aus L. 5. §. 2. D. cit. etwas für die Strafbarkeit oder Straflosigkeit des Versuchs folgen soll, ist in der That nicht abzusehen, da die Stelle doch gewiß nicht sagt, daß in levioribus delictis nichts darauf ankomme, consulto aliquid admittatur an casu, sondern et in majoribus delictis, in omnibus criminibus werde dieser Unterschied berücksichtiget. Es wird hier crimen und majus delictum keinesweges identisch gebraucht, wenngleich crimen, besonders mit dem Zusatz publicum, sonst wohl der privata noxa gegenüber gestellt wird [2]). Auch wird nirgends gesagt, daß die delicta privata die leviora, die crimina publica die atrociora seyen. Die Stellen, auf welche sich Cropp beruft, beweisen dies keinesweges [3]), und die crimina selbst zerfallen in leviora und atrociora [4]). —

1) z. B. furti crimen L. 1. 2. Cod. de furtis (VI. 2.) — §. 18. Inst. de obl. quae ex del. (IV. 1.) — Gajus III. §. 197.

2) L. 17. §. 18. D. de aedil. edict. (XXI. 1.) Noxas accipere debemus privatas h. e. eas quaecunque committuntur ex delictis, non publicis criminibus. Cf. L. 2. §. 8. Cod. de vet. jure enucl. (I. 17.)

3) Nämlich L. 37. §. 1. D. de minor. (IV. 4.) u. Paul. S. R. I. 9. §. 1. Allein in der ersten Stelle heißt es, der Minderjährige erlange namentlich bei atrocioribus delictis keine Restitution, während Paulus sagt: si aliquod flagitium commisit quod ad coërcitionem publicam spectat. Sollten darunter blos die crimina publica verstanden werden; so müßte der minor restituirt werden, wenn er ein furtum begangen hat, was indeß bekannter Maßen nicht der Fall ist. L. 9. 37. §. 2. D. de minor. (IV. 4.) Et placet in delictis minoribus non subveniri (d. h. den Minderjährigen wird keine Restitution bei Delicten zu Theil) nec hic itaque subvenietur: (d. h. bei Dolus in Contracten, wobei die Frage aufgeworfen wurde). Nam etsi furtum fecit, vel damnum injuria dedit: non ei subvenietur.

4) L. 6. D. de accus. (XLVIII. 2.) Leviora crimina audire

Ein neues Argument gegen die Cropp'sche Meinung würde vielleicht auch noch daraus entlehnt werden können, daß nach neuern Untersuchungen überhaupt eine Unterscheidung zwischen delicta publica und privata als eine technische im Römischen Recht nicht gegründet seyn soll [1]).

§. 89.

Endlich könnten wir II. noch einige Bemerkungen hinzufügen über die Äußerungen nichtjuristischer Römischer Schriftsteller, welche man wohl benutzt hat, um darauf die Behauptung einer allgemeinen Strafbarkeit des Versuchs bei den Römern zu gründen. Allein diese schon bei Cujacius und andern Schriftstellern stets wiederkehrenden Stellen drücken entweder nur die individuelle Ansicht eines Philosophen aus, wohin insbesondere Äußerungen von Seneca gehören, oder sie beziehen sich auf Verbrechen, bei welchen es nach einer bestimmten Lex auf den Eintritt des Erfolgs nicht ankam, oder sind von der schon gegen den bloßen widerrechtlichen Angriff erlaubten Nothwehr zu verstehen, oder drücken endlich nur den Grundsatz aus, daß der böse Wille die Strafbarkeit einer Handlung bedinge. Wir billigen in dieser Beziehung gänzlich dasjenige, was Sanio ad L. Corn. de sic. p. 100 seq. darüber sagt [2]).

---

et discutere de plano proconsulem oportet. Cf. L. 11. §. 6. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) L. 9. §. 3. D. de offic. procons. I. 16.

1) Vergl. die gründliche Abhandlung von Birnbaum im N. Archiv Bd. VIII. Nr. 14. 22. Bd. IX. Nr. 16. Dann Edm. de Hagen De quaest. Quale sit discrimen inter delicta publ. etc. Gött. 1832. und darüber wieder Birnbaum im Archiv des Criminalrechts. 1835. Nr. 13.

2) Quod ad illas sententias, quae de voluntate delinquendi generaliter loqui videntur atque per saturam congestae sunt, pertinet, aliae philosophorum, non Ictorum sunt (e. c. Seneca

Nachdem wir uns bisher, vielleicht etwas zu lange, mit der Betrachtung der absoluten Strafbarkeit nach Römischem Rechte beschäftigt haben, wenden wir uns jetzt zu andern positiven Rechten. Zunächst einige Worte über das Mosaische, das ältere Germanische und Canonische Recht, dann über die peinliche Gerichtsordnung und über neuere Legislationen.

B. Das Mosaische, ältere Germanische und Canonische Recht.

§. 90.

Wenn wir zuerst einen Blick auf das Mosaische Recht werfen, so geschieht dies blos deshalb, weil es längere Zeit hindurch gewöhnlich war, sich bei einer Bestimmung des bürgerlichen Rechtes auf das jus divinum zu berufen, und letzteres daher nicht selten Einfluß auf die Entstehung einer allgemeinern Ansicht gehabt hat. So sagt unter Andern Matthaeus [1]): Es könne nicht unbillig scheinen, daß das Römische Recht den conatus criminis hart bestrafe, da ja

de const. sap. c. 7.), pars non ad poenam, sed ad tuitionem sui ipsius permissam spectant, (Senec. Controv. IV. 7. Gell. VII. 3. Apulej. Flor. lib. IV. Cic. pro Mil. c. 4.), aliae singulas leges respiciunt, quas consilia et facta promiscue enumerasse jam supra exposui, (Cic. pro Rab. c. 6. pro Mil. c. 7. Sallust. Catil. 52. Quinctil. declam. 274. 281. Serv. ad Aen. 6. v. 624. Gell. XI. 18. in f. Cic. pro Cluent. c. 20.), aliae defensioni ejus inserviunt, qui aliquid consulto fecisse negat, ut cum factum conceditur, culpa removeatur (Seneca controv. V, 32. Cic. de invent. II. 7. 33. Auct. ad Herenn. II. 16. in fin.) et significant id, quod Cicero (pro Tull. 51.) tacitam esse legem humanitatis ait, ut ab homine consilii non fortunae poena repetatur.

1) de criminib. Lib. XLVIII. tit. V. cap. 3. nr. 50. cf. ibid. tit. XVIII. cap. 4. Nr. 13

dies auch im Mosaischen Rechte der Fall sey. Allerdings finden wir in demselben einzelne Vorschriften, wo Handlungen, welche wir Versuchshandlungen nennen würden, bedroht werden. So soll derjenige, welcher einen Andern zum Abfall von Gott verführen will, wie derjenige, welcher wirklich andere Götter anbetet, mit dem Tode bestraft werden [1]. Auch soll derjenige, welcher gegen einen Unschuldigen falsches Zeugniß ablegt, dasselbe Übel erleiden, welches er über letztern zu verhängen gedachte [2], eine Bestimmung, die freilich nicht nothwendig auf ein versuchtes Verbrechen zu beziehen ist, da das falsche Zeugniß an sich als ein vollständiges Verbrechen aufgefaßt werden kann und die Erwähnung des beabsichtigten Übels nur des Princips der materiellen Vergeltung [3] wegen geschieht. Was dagegen z. B. das fünfte der Mosaischen Gebote betrifft, so scheint es zweifelhaft, ob auch schon bloße Lebensnachstellungen für strafbar gehalten worden sind [4], und man könnte schon im Allgemeinen einwerfen, daß sich dies gar nicht mit dem Princip der materiellen Wiedervergeltung vertrage [5]. Hierzu kömmt, daß überall, wo von der Tödtung des Nächsten und deren Strafe die Rede ist, letztere an den eingetretenen Tod geknüpft zu seyn scheint [6]. Auch heißt es ausdrücklich an einer andern

1) Deuteronom. Kap. 13. v. 6 — 11. und Kap. 17. v. 2 — 7.

2) Deuteronom. Kap. 19. v. 16 — 19.

3) Dieselbe Bestimmung ist bekanntlich in der P. G. O. Art. 107. wiederholt. Vergl. auch. Art. 68.

4) Lelièvre de conat. delinq. p. 34 seq.

5) Deuteronom. Kap. 19. v. 21. „Dein Auge soll seiner nicht schonen. Seele um Seele, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß." Vergl. Leviticus Kap. 24. v. 19. 20. Exodus Kap. 21. v. 23 — 25.

6) Deuteronom. Kap. 19. v. 11. „Wenn aber Jemand Haß trägt wider seinen Nächsten und lauert auf ihn und macht sich über ihn und schlägt ihm seine Seele todt — so sollen die Ältesten ihn in die Hände des Bluträchers geben, daß er

Stelle [1]), daß, wenn der Geschlagene am Leben bleibe, nicht gestraft werden solle. Wenn aber derjenige, welcher seine Eltern schlägt oder ihnen fluchet, mit dem Tode bestraft werden soll, so sind dies eines Theils selbständige Missethaten, und andern Theils könnte wenigstens daraus nicht bewiesen werden, daß das Mosaische Recht den Versuch überhaupt gestraft wissen wolle.

§. 91.

Der gewöhnlichen Behauptung, daß das Römische Recht den in äußere Handlungen übergegangenen bösen Willen allgemein als strafbar betrachte, wird um des Gegensatzes willen meistens das Germanische Recht gegenüber gestellt, welches auf dem Grundprincip der Composition, als dem regelmäßigen Surrogat der Fehde basirt, blos die äußere materielle Rechtsverletzung taxire und deshalb den Versuch eines Verbrechens keiner Strafe unterwerfe. Allerdings ist diese letztere Behauptung im Ganzen richtig, und es läßt sich nachweisen, daß selbst in diejenigen Gesetze Germanischer Völker, welche meistens Römisches Recht enthalten, die Bestimmungen des Römischen Rechts, welche, wie wir sagen, den Versuch mit Strafe bedrohen, nicht übergegangen sind. Denn was z. B. das Edictum Theodorici betrifft, so finden wir zwar hinsichtlich der Bezeichnung der einzelnen verbrecherischen Handlungen und der gedrohten Strafen eine oft wörtliche Übereinstimmung mit seiner Quelle [2]), dagegen ist z. B. die Bestimmung der

sterbe. Numeri Kap. 35. v. 16. Wer Jemand mit einem Eisen schlägt, daß er stirbt, der ist ein Todtschläger und soll des Todes sterben. Vergl. ebendaselbst v. 20. 21. 30. 31. 33. Leviticus Kap. 24. v. 17. Exodus Kap. 21. v. 12. 14. 18 ff.

1) Exodus Kap. 21. v. 21. Vgl. Lelièvre l. c. p. 35. 36.

2) Vergl. z. B. die Bestimmungen über Fälschung, Brandstiftung u. s, w. cap. 90 seqq. crimen raptus cap. 17 seq. Vergl. auch

Lex Cornelia de sicariis über den Versuch der Tödtung nicht aufgenommen, und ob der intellectuelle Urheber eines Mordes auch dann bestraft werden soll, wenn die That nicht ausgeführt wurde, kann wenigstens als zweifelhaft betrachtet werden [1]). — Geht man aber von der gewiß richtigen Ansicht aus, daß das Römische Recht, dem es so gut wie dem ältern Germanischen an einer allgemeinen Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung fehlt, nur dann strafe, wenn die That unter den gesetzlichen Begriff eines Verbrechens falle, und daher auch Versuchshandlungen nur unter der Voraussetzung, daß sie speciell im Gesetze bedroht seyen oder sich unter den Begriff eines andern Verbrechens subsumiren lassen, — so ist, abgesehen von dem eigenthümlichen Compositionen-System, die Abweichung der Germanischen Rechte nicht so außerordentlich groß, und wir finden auch hier in einzelnen Fällen Handlungen mit Strafe bedroht, welche, ohne einen materiellen Schaden angerichtet zu haben, nur aus dem Gesichtspunkt ihrer gefährlichen Richtung einer Buße unterworfen werden [2]). So sind nicht nur Verschwörungen gegen das Leben des Königs fast überall mit Strafe bedroht [3]), ebenso verrätherische

L. Romana Burgund. Tit. II. de homicidiis, welche wirkliche Lebensberaubung zur Tödtung zu fordern scheint; entlehnt aus einer Nov. Theodos. et Valentin. J. Civ. Antejust. p. 1319.

1) Edict. Theodor. cap. 99. „Qui hominem sine audientia et sine potestate vel jurisdictione judicis competentis immerito jusserit (occiderit?) vel suaserit occidi, tanquam reus homicidii occidatur."

2) Cf. Simoni dei delitti di mero affetto. P. I. Cap. III. p. 72 — 89. (Delle leggi barbariche intorno i delitti di mero affetto.)

3) Lex Saxon. Tit. III. §. 1. Qui in Regnum vel Regem Francorum vel filios ejus de morte consiliatus fuerit, capite puniatur. — Lex Bajuvar. Tit II. c. 1. Si quis contra Ducem — de morte ejus consiliatus fuerit etc. — Leg. Longobard. Rothar. c. 1. Si quis contra animam Regis cogitaverit, aut consiliatus fuerit, animae suae incurrat periculum, et res ejus infiscentur.

Verhandlungen mit dem Feinde [1]), und Aufreizung zur seditio [2]), was in der That nicht auffallend seyn kann, sondern auch häufig der Versuch der Tödtung durch unmittelbaren Angriff und andere Lebensnachstellungen [3]), des Raubes [4]). Auch wird Friedensbruch [5]) und andere Gewaltthätigkeit bestraft, ohne daß eine wirkliche Verletzung nöthig wäre [6]).

1) Lex Bajuvar. Tit. II. c. 1. Si quis — — inimicos in provinciam invitaverit aut civitatem capere (?) ab extraneis machinaverit — tunc in Ducis potestate vita ipsius et omnes res ejus et patrimonium. Vergl. auch Rothar. Leg. c. 3. 4. 7.

2) Lex Bajuvar. Tit. II. c. 3. Rothar. Leg. c. 6.

3) Lex Salica Tit. XX. §. 1. Si quis alterum voluerit occidere et colpus praetersallierit MMD den. — culpabilis judicetur. — Lex Burgund. Tit. XXXVII. Quicunque spatham aut semispathium eduxerit ad percutiendum alterum et non percusserit, inferat mulctae nomine sol. XII. — Rothar. Leg. c. 10. Si quis liber homo in morte alterius consiliatus fuerit et ex ipso consilio mortuus non fuerit, tunc ipse consiliator componat sol. XX. Ebenso wenn Mehrere de morte alterius consiliati fuerint. c. 11. Merkwürdig ist das ultra=legitimistische Princip in cap. 2. ibid. Si quis cum Rege de morte alterius fuerit consiliatus aut hominem per ejus jussionem occiderit, in nullo sit culpabilis. — — quia, postquam corda Regum in manu Dei esse credimus, non possibile est, ut homo se possit idoneare, quem Rex occidere jussit. Diese Stellen finden sich auch in den Fragm. versionis graecae Leg. Rotharis ed. C. E. Zachariae. Heidelberg 1835. p. 63 seqq.

4) Lex Salica Tit. XX. §. 11.

5) Cf. Rothar. Leg. cap. XIX. Si quis pro injuria sua vindicanda super quemcunque hominem manu armata, aut cum exercitu usque ad quatuor homines in vicum intraverit, ille pro illicita praesumptione moriatur, aut componat sol. DCCCC. Besonders erwähnt wird dann noch der Fall: si in ipso vico casam incenderit, aut hominem occiderit.

6) Cf. Leg. Rotharis cap. 26. 27. 28. 34. — Über Brandstiftung vgl. Lex Bajuv. Tit. IX. c. 4.

Am Meisten stimmen aber die Germanischen Rechte darin überein, daß sie die Vergiftung, auch wenn sie keinen tödtlichen Erfolg hatte, einer Strafe unterwerfen [1]), sowie auch eine andere lebensgefährliche Handlung, nämlich die s. g. Wassertauche, gewöhnlich einer Strafe unterworfen wird, sollte auch der Getauchte mit dem Leben davon gekommen seyn [2]), und in einem Capitul. Caroli M. heißt es ganz allgemein: Qui hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit, ut homicida punietur [3]). — Eine kurze Erwähnung verdient übrigens auch noch das Longobardische Lehenrecht. Grundsatz ist es hier, daß das Beneficium nur dann verwirkt werde, wenn die eine Felonie oder Quasifelonie begründende Handlung nicht blos angefangen oder beabsichtigt, sondern erst dann, wenn sie ganz vollzogen ist [4]).

1) Lex Sal. XXII. §. 1. Si quis alteri herbas dederit bibere, et mortuus fuerit VIII. M. den. qui faciunt sol. CC. culpabilis judicetur. §. 2. Si vero biberit et mortuus non fuerit, MMD. den. qui fac. sol. LXII. ille qui dedit, culp. jud. — Die Lex Ripuar. Tit. 83. §. 2. setzt jedoch in dem 2ten Falle einen Schaden am Leibe voraus. Vergl. auch Lex Bajuvar. Tit. III. c. 6. 7. — Anglor. et Werinor. Tit. XIV. — Lex Visigoth. Lib. VI. tit. II. §. 2. — Leg. Rothar. cap. 140. Si liber aut libera venenum alii ad bibendum dederit, et qui accepit, ex ipso veneno mortuus non fuerit, componat qui venenum dederit medietatem pretii ipsius, ac si eum occidisset.

2) Pact. L. Sal. Tit. XLIV. §. 3. Si quis hominem in puteum aut vipida jactaverit et vivus exinde evaserit, ut ad casam suam possit accedere, — sol. C. culp. jud. (wenn er gestorben ist nach §. 2. sol. DC.) cf. Lex Bajuvar. Tit. III. c. 2. Lex Fris. Tit. XXII. c. 83. L. Sax. Tit. I. c. 9.

3) Capit. Car. M. Lib. VII. c. 212. ap. Georg. p. 1663.

4) II. F. 51. §. 2. Si voluerit vasallus dominum offendere, sed non laboraverit, feudum non amittit. Gerardus et Obertus: Similiter etiam si laboraverit, non amittit feudum,

§. 92.

Das Canonische Recht schließt sich theils an das Römische Recht an, theils berücksichtigt es auch das Germanische Recht. Eine allgemeine Regel, daß der Versuch eines Verbrechens strafbar sey, ist aber auch hier nicht zu finden. Denn abgesehen von den Aussprüchen, welche böse Gedanken, Wünsche und Entschlüsse für eben so große Sünde wie die That selbst erklären[1]), und welche theils dem bürgerlichen Strafrecht überhaupt nicht anheimfallen, theils wenigstens nicht hierher gehören[2]), sind in Gratians Decret in der Dist. de poenitent. eine Mehrzahl wörtlich aus dem Römischen Rechte entlehnte Stellen zusammengetragen und zwar diejenigen, welche seit den Glyssatoren als Belege für und gegen die Strafbarkeit des Versuchs angeführt zu werden pflegen. Merkwürdig ist jedoch, daß sich darunter das berühmte Rescript Hadrians nicht findet[3]). In den Decretalen Gregor IX. finden wir Wenig, was hierher bezogen werden könnte. Soviel ist aber ge-

nisi insidiatus ei fuerit et hoc probatum fuerit. — Bei Unterlassungen muß daher die Frist abgelaufen seyn, und bei Verbrechen gegen den Lehensherrn, gegen nahe Verwandte oder Mitvasallen, abgesehen von den Lebensnachstellungen, gebraucht das Lehenrecht immer solche Ausdrücke, daß man deutlich sieht, wie nur die Vollendung desselben den Verlust des Lehens herbeiführe. Cf. II. F. 24. I. F. 5.

1) Vergl. z. B. can. 23. 24. 25. 28. 29. 30. Caus. XXXIII. Qu. 3. de poenit. dist. 1.

2) S. unten bei der Regel: poenam cogitationis nemo patitur.

3) Dist. I. de poen. can. 6. (L. 5. Cod. de episc. et cler.) can. 9. (theils aus L. 5. C. ad L. Jul. maj. theils aus L. 1. D. ad L. Corn. de sic.) can. 10. (L. 8. C. ad L. Corn. de sic.) can. 11. (L. 9. Cod. eod.) can. 12. (L. 9. §. 4. L. 10. L. 11. pr. D. de injur.) can. 13. (L. 15. §. 1. D. eod.) can. 14. (L. 18. D. de poen.) can. 15. (L. 1. D. de extraord. crim.) can. 16. (L. 21. pr D. de furt.) can. 17. (L. 1. D. Quod quisque jur.) can. 19. (L. 16. D. de poen.)

wiß, daß namentlich in dem Titel de homicidio (V. 12.) — worin meistens nur von culposen Tödtungen und davon die Rede ist, inwiefern ein Geistlicher, auch wenn er als Urheber einer Tödtung weiter nicht strafbar sey, ab altaris ministerio removirt werden müsse, — offenbar auch bei einer absichtlichen Verletzung auf den Eintritt des Erfolges, wesentliche Rücksicht genommen wird, daß deshalb von peritorum Medicorum judicium gesprochen wird, welche darüber entscheiden sollen, ob die percussio lethalis sey oder nicht [1]). Daß sich hierin eine Berücksichtigung Germanischer Grundansichten kund gebe, ist gewiß nicht zu verkennen, sowie denn auch die erst im Mittelalter bei den Italiänischen Juristen sich bildende Lehre vom corpus delicti bei Tödtungen darauf hinweist, daß der nach Römischem Strafrecht bei absichtlicher Tödtung ganz irrelevante Eintritt des Erfolgs und dessen Zusammenhang mit der tödtlichen Handlung von großer Bedeutung geworden war [2]). — Bedeutungslos für das Strafrecht sind übrigens zwei Stellen des Canonischen Rechts, welche in gewisser Beziehung den Versuch des Beischlafs der Vollendung gleichstellen [3]), während eine andere Stelle, welche den Morddinger gleicher Strafe unterwirft, der Tod mag gefolgt seyn oder nicht, blos dem kirchlichen und nicht dem bürgerlichen Strafrecht anheimfällt [4]).

1) Cf. cap. 6. 18. X. (V. 12.)

2) Die Glossatoren und Italiänischen Practiker berufen sich gewöhnlich, was die Leichenschau betrifft, auf L. semel. (6.) Cod. de re mil. (XII. 36.) — Cf. Albert. Gandinus Tract. malefic. Rubr. de homicid. in fin. und von den spätern sehr ausführlich Clarus Sentent. Lib. V. §. homicidium Nr. 43 seq. Vergl. auch Biener Geschichte des Inquisitions-Processes; und Birnbaum im N. Arch. Bd. XIV. S. 182 ff.

3) c. 3. X. de spons. (IV. 1.) und c. 7. X. de eo qui cogn. consanguin. (IV. 13.)

4) c. 1. de homic. in 6to (V. 4.) „Sacri approbatione Concilii

§. 93.

Sowie in den ältern Germanischen Rechten, so wird auch in dem Sachsenspiegel wenigstens die Vergiftung mit Strafe bedroht und zwar auch hier in Verbindung mit der Ketzerei und Zauberei und, wie es scheint, ohne Rücksicht auf den Erfolg [1]). Eine allgemeine Regel über die Strafbarkeit des Versuchs ist jedenfalls hier nicht zu finden, dagegen wird von spätern Sächsischen Criminalisten eine Stelle des Sächsischen Lehenrechts als ein Beweis für die Straflosigkeit des Versuchs angeführt [2]). In der Glosse zum Sachsenspiegel kommen einige Äußerungen über den Versuch des Diebstahls vor [3]). Die eine bezieht sich auf den des Nachts im Hause betroffenen Dieb, von dem gesagt wird „er hab was gestolen oder nicht, so gehet es ihm an den Leib, ja er (der Bestohlne) mag ihn auch wol selbst zu todt schlagen", unter Berufung auf L. 1. Cod. Quando licet unicuique sine jud. se vind. Die

statuimus, ut quicunque Princeps, Praelatus seu quaevis alia ecclesiastica secularisve persona, quempiam Christianorum per dictos assassinos interfici fecerit, vel etiam mandaverit (quanquam mors ex hoc forsitan non sequatur) aut eos receptaverit, vel defenderit seu occultaverit, excommunicationis et depositionis a dignitate, honore, ordine, officio, et beneficio incurrat sententias pro facto."

1) Sachsenspiegel B. II. Art. 13. §. 7. „Svelk kersten man oder wif ungelovich is unde mit tovere umme gat, oder mit vorgiftnisse, unde des verwunnen wirt, den sal man uppe'r hort bernen." — Die Glosse verweist dabei auf tot. tit. Cod. de maleficis et C. 26. qu. 5.

2) Sächsisches Lehenrecht c. 39. (41. Senckenberg.) „Es geschieht an Willen noch an schlechten Worten keine Gewalt, wenn keine That darnach folget." Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XVII. Nr. 15. Daß die Stelle wenig oder nichts beweist, liegt am Tage. Vergl. Heffter Criminalrecht S. 78.

3) Glosse zu B. II. Art. 13. bei Gärtner S. 195. 197.

andere Stelle betrifft Taschendiebe. „Du solt auch wissen: Ob ein beutelschneider über eines Mannes tasche — begriffen würde, wo er ihm noch nichts daraus genommen hat, mag er ihn mit drocken schlägen wohl abblauen und bleibt des ohne Wandel," wodurch also, abgesehen von dem „abblauen", die Straflosigkeit dieses Versuchs anerkannt wird. — Wer zu einem Todtschlage zu seinem Vortheile Vollmacht gegeben hat, soll nach dem Schwabenspiegel [1]) gerädert werden. Wahrscheinlich ist aber dabei an ein vollbrachtes Verbrechen gedacht. — Übrigens darf nicht unbemerkt bleiben, daß vermöge des umfassenden Begriffs des Landfriedensbruchs, auch vor der P. G. O., fast jede unterstandene Missethat, welche bei solcher Gelegenheit verübt war, gestraft werden konnte [2]) und daß ein versuchtes Verbrechen auch wohl unter den Begriff der Verrätherei fallen konnte, wenn gleich dabei mehr an eine verrätherische Theilnahme an dem Verbrechen eines Dritten zu denken ist [3]).

1) Cap. 116. Art. 11. 26.

2) Cf. Const. Friderici I. de incendiar. et pacis violator. d. a. 1187. und Landfr. Max I. vom Jahre 1495. „Und ob Jemand, was Würden oder Standes der oder die wären, wider den eins oder mer, so vorgemellt im nächsten Artikel gesetzt ist, handeln oder zu handeln understeen würden ꝛc." Landfr. von 1548. §. 1. „noch einige verbottene Conspiration oder Bündnuß wider den andern auffrichten." Sodann die Bestimmungen des Art. 128 der P. G. O. über den s. g. Landzwang. „mit dem Schwert als Landzwinger vom Leben zum Tode gerichtet werden, unangesehen ob sie sunst nit anderst mit der That gehandelt hätten." S. auch die, das gemeine Recht noch verschärfenden Sächsischen Constitutionen und die Ausführung bei Carpzov Pract. Qu. 37. besonders auch über das Legen von Brandzeichen. Etwas Ähnliches ist der in L. 9. D. de extraord. crim. erwähnte Scopelismus.

3) P. G. O. Art. 124.

C. Die Peinliche Gerichtsordnung Kaisers Carl V.

§. 94.

Es dürfte wohl schwer seyn, nachzuweisen, daß man sich vor der Carolina in Deutschland über eine allgemeine Regel hinsichtlich der Bestrafung des Versuchs vereinigt hätte, sondern offenbar war auch in dieser Beziehung der Rechtszustand höchst schwankend und Alles der richterlichen Willkühr überlassen. Nur so viel läßt sich mit Sicherheit sagen, daß man sich vermöge des Ansehens des Römischen Rechts, in der Gestalt, wie es von den Italiänischen Juristen behandelt und bearbeitet war, zu einer allgemeinern Bestrafung des Versuchs vermöge „Gemeinen Rechts" hinneigte und demnach wenigstens in atrocissimis delictis den Versuch für strafbar hielt [1]). Von den Landesordnungen und Statuten ist die Bambergische Halsgerichtsordnung ohne Zweifel die erste, welche einen ganz allgemein lautenden Artikel über „Straff vnderstandener Missethat" enthielt, (Art. 204.) ein Gesetz, welches nach unserer Ansicht so vortrefflich abgefaßt ist, daß wir nicht zu viel zu sagen glauben, wenn wir behaupten, daß sich aus diesem einzigen Artikel schon die ausgezeichnete legislatorische Befähigung des Freiherrn von Schwarzenberg

1) Vgl. Abraham Sawr's Strafbuch Edit. von 1581. p. 80. 81. Dieser rechtfertigt zunächst die Strafe des „Fürnemens Jemand zu entleiben" durch Berufung auf das „Gemein-Recht." L. 1. §. divus D. ad L. Corn. de sicar. und das Göttlich Recht Exod. 21. wovon aber Welscher Gebrauch Secundum Statuta nach Clarus Sent. und das Sachsenrecht (Lehenrecht c. 36.) abweicht. Dann folgt „Deutscher Gebrauch secund. jus civile." Apud Germanos in atrocissimis delictis affectus, licet non sequatur effectus, punitur. L. si quis non dicam. C. de episc. et cler. In illis enim voluntas et non exitus spectatur. Endlich wird die Reichsordnung Art. 178., die Bambergische und Hessische Halsgerichtsordnung allegirt.

erkennen lasse und daß seine Leistung in dieser Beziehung gar manche neuere Strafgesetze über den Versuch an Werth bei Weitem übertreffe. Man erwäge, mit welcher Kürze, in wie wenig Worten, alle wesentlichen Erfordernisse des verbrecherischen Versuchs in einer einem Gesetze angemessenen Sprache zusammengefaßt und die Strafdrohung beigefügt ist, und vergleiche dann z. B. die Bestimmungen des St. Gallischen Strafgesetzbuchs oder des Ungarischen Entwurfs v. 1808. „Item", sagt der Art. 204 der Bamb. H. G. O., „so sich jemandt einer myssetat mit etlichen scheinlichen wercken, die zu vollbringung der myssetat dienstlich sein mögen, vndersteet, vnd doch an vollbringung derselbigen myssetat, durch andere mittel wider seynen willen verhindert wirt, sölcher böser wil, daraus etlich werck (als obsteet) volgen, ist peynlich zu strafen. Aber ꝛc. — Man sollte wohl fragen, aus welcher Quelle hier Schwarzenberg geschöpft habe? Denn keiner der Italiänischen Schriftsteller, welche wenigstens mittelbar auf Schwarzenbergs Arbeit Einfluß gehabt haben, giebt eine so kurze und klare Beschreibung des Versuchs und noch weniger einer der geistlosen Nachahmer derselben in Deutschland, sondern es wurden nur, wie wir oben gesehen haben, die einzelnen möglichen Fälle distinguirt und subdistinguirt. Diese hat Schwarzenberg auf eine vortreffliche Weise und, wie es scheint, ohne einen Vorgänger zu haben, zusammengefaßt [1]). — Der

1) Auch Malblank Geschichte der Peinl. Gerichtsordnung zählt es S. 160. zu den Verdiensten Schwarzenbergs, daß er den Richtern seiner Zeit die moralische (?) Verschiedenheit zwischen vollbrachten und versuchten Verbrechen auf eine deutliche und populäre Art begreiflich zu machen gewußt habe. Wer wie Ludwig Frey in dem Entwurfe zu einem republicanischen Strafgesetzbuche, Bern 1835. von „der Carolina und dergleichen

Art. 204 der Bamb. H. G. O. findet sich übereinstimmend in der Brandenb. H. G. O. v. 1516. (Art. 206) und ist dann wörtlich auch in die Peinl. Gerichtsordn. Kaisers Carl V. übergegangen. — So erhielt Deutschland ein allgemeines, den verbrecherischen Versuch bedrohendes Strafgesetz, welches auch in spätere Landesordnungen übergegangen [1]) und die Grundlage für die neuere gemeinrechtliche Doctrin geworden ist.

§. 95.

Es kann nun aber wohl die Frage aufgeworfen werden, ob gemeinrechtlich der Versuch jeder strafbaren Handlung durch den Art. 178 der P. G. O. für strafbar erklärt sey oder ob noch ein Unterschied gemacht werden müsse? — Bei der Beantwortung dieser Frage versteht es sich nun I. von selbst, daß, wo überhaupt der Natur der Sache nach kein Versuch möglich ist, worüber denn freilich, wie wir gesehen haben, die Ansichten verschieden sind (§. 43 ff.), auch von der Carolina keine Strafe angeordnet seyn kann, weil die Gesetze die Natur der Dinge nicht umwandeln können. Gewiß läßt sich aber II. bei denjenigen Delicten, welche einen Versuch zulassen, aus dem Gesetze selbst eine andere Beschränkung rechtfertigen. Die P. G. O. sagt nämlich, die unterstandene Missethat solle peinlich gestraft werden. Der Gegensatz von peinlich in der Sprache der Carolina ist bürger-

geistesverwandtem Plunder" spricht, fällt ein Urtheil, welches auch nicht mit der republicanischen Derbheit entschuldigt werden kann. Anders klingt das, was A. R. Frey in den Observ. ad jur. crim. — historiam. S. 51 ff. über die Carolina sagt, die wir natürlich hiermit nicht als dem Bedürfniß unserer Zeit noch entsprechend anempfehlen wollen.

1) z. B. in die Philippina von 1536. Art. 124. Merkwürdig ist es dagegen, daß die Henneberg. Landesordn. von 1539 gar nichts über die unterstandene Missethat sagt.

lich, und es kann daher wohl keinem Zweifel unterliegen, daß in denjenigen Fällen, wo das Gesetz nur bürgerlich gestraft wissen will, wie z. B. beim ersten, kleinen und heimlichen Diebstahl [1]), eine öffentliche Bestrafung des Versuchs auch heutiges Tages wegfallen muß, wenn gleich die „Zwiespill" nicht mehr in Gebrauch ist, indem auch die in der P. G. O. für den Fall der Armuth des Diebes angeordnete Gefängnißstrafe, welche die Strafe des Duplums ganz verdrängt hat, nur als bürgerliche Strafe betrachtet werden kann. Denn es wäre doch wohl sehr unbillig, wenn die Armuth des Diebes, die noch einige Entschuldigung in sich trägt, die Eigenschaft der Strafe verändern sollte. Dasselbe muß gelten in den Fällen des Art. 167. (Entwendung von Früchten auf dem Felde, wobei das Gesetz ausdrücklich sagt, es solle nur „bürgerlich" gestraft werden), des Art. 168. (von Holzstehlen) und Art. 169. (Fischdiebstahl), und daß beim s. g. Familiendiebstahl [2]) von keiner Bestrafung des Versuchs die Rede seyn kann, versteht sich von selbst. — Ist dagegen der Dieb beim Stehlen, bevor er die Entwendung vollendet hatte, betreten, ergriffen oder mit Geschrei verfolgt [3]), so läßt sich wohl die Strafbarkeit des Versuchs vertheidigen, weil das Gesetz für das vollendete Verbrechen eine öffentliche und pein-

1) P. G. O. Art. 157. Auch die dem Richter zu zahlende Geldbuße, welche die Bamb. H. G. O. Art. 183 ausdrücklich anordnet und welche auch in der Carolina, wenngleich nicht mit verbis dispositivis genannt wird, vgl. Feuerbach Lehrb. §. 329. Note c., hat wohl nicht die Eigenschaften einer peinlichen Strafe im Sinne der Carolina, welche wenigstens im Art. 104. nur Strafen an Leben, Ehren, Leib oder Gliedern zu den peinlichen zählt. — Die „Straff ewiger gefengknuß" welche im Art. 101. erwähnt wird ist nach Art. 195. gar keine eigentliche Strafe, sondern nur Sicherungsmaßregel.

2) P. G. O. Art. 165.

3) P. G. O. Art. 158.

liche Bestrafung anordnet [1]). Ebenso muß man die Strafbarkeit des Versuchs eines zweiten oder dritten Diebstahls zugeben, während von einer Strafe des Versuchs eines großen Diebstahls, als eines solchen, wohl kaum die Rede seyn kann, weil das Gesetz die Strafbarkeit lediglich nach dem Werthe des wirklich Entwendeten bestimmt, und die Absicht des Diebes dabei im Ganzen juristisch gleichgültig ist, weshalb man auch nicht fordert, daß der Dieb den Werth der Sache gekannt habe [2]). Dies müßte man aber consequenter Weise verlangen, wenn man den Versuch eines großen Diebstahls strafen wollte. Was vom Diebstahl gilt, muß auch von andern nicht peinlich zu bestrafenden Verbrechen oder Vergehen behauptet werden, z. B. von Injurien, vom Stuprum und vom Zinswucher [3]), abgesehen davon, daß wenigstens bei Verbalinjurien auch aus einem andern Grunde von keinem Versuche die Rede seyn kann. (S. oben. §. 47.) Dagegen kann im Allgemeinen nichts darauf ankommen, ob die Handlung im Sinne des Römischen Rechts ein Privatdelict ist oder nicht, sobald sie bei uns mit öffentlicher und peinlicher Strafe geahndet wird [4]), und ob sie ein Verbrechen im engern Sinne oder ein Polizeiverbrechen in dem Sinne des Worts ist,

1) Wie aber, wenn der Dieb „eyn solche ansehenliche person wäre, dabei sich besserung zu verhoffen," wo wieder nur bürgerlich gestraft werden soll?

2) Vergl. jedoch über eine nothwendige Einschränkung dieses Satzes Klien Revision der Lehre vom Verbrechen des Diebstahls S. 319. 333 ff. Wächter Strafr. II. S. 292. und oben §. 8. in fin. S. 10. Note 2.

3) Vergl. Reichspoliz. Ordnung von 1577. Tit. 17. §. 1—8. Meister pract. Bemerkungen Bd. I. S. 31 ff. Boehmer ad Carpzov. Qu. 109. obs. 5.

4) Nur insoweit ist zu billigen, was Wächter, Strafrecht Th. I. S. 140. sagt, daß die Carolina bei Privatdelicten das Römische Recht nicht abändere.

daß man darunter ein keine Rechtsverletzung enthaltendes Vergehen versteht [1]). Gebraucht man dagegen den Ausdruck Polizeivergehen für die Übertretung rein polizeilicher Verordnungen oder für die der Cognition der Civil- und Polizeigerichte oder Administrativ-Behörden überlassenen Vergehen, so wird man die Strafbarkeit des Versuchs solcher Vergehen gewiß nicht durch den Art. 178. der P. G. O. rechtfertigen können. Auch läßt sich diese Beschränkung der Strafbarkeit des Versuchs auf die peinlich zu bestrafenden Verbrechen, nicht blos historisch, sondern auch aus criminalpolitischen Gesichtspunkten rechtfertigen. Denn gewiß ist dem Freiherrn von Schwarzenberg die Lehre der Glosse und der spätern Italiänischen Juristen, daß das Römische Recht nur den Versuch der delicta atrociora strafe [2]), welche erwiesener Maßen auch in Deutschland zahlreiche Anhänger gefunden hat, nicht fremd gewesen, und wenn nun der Art. 178. von Missethat und pein-

1) Denn das gemeine Recht kennt diese Unterscheidung nicht. Manche s. g. Polizeiverbrechen sind mit schwerer peinlicher Strafe bedroht. Vergl. Feuerbach Lehrb. §. 22. Wächter Strafr. I. S. 106. und treffliche Bemerkungen in der Abhandlung von Birnbaum, über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, im Archiv J. 1834. S. 160 ff.

2) Vgl. oben §. 56 ff. Cf. Jul. Clarus Sent. rec. §. fin. Qu. 92. Additio Bajardi (p.): „Adde, quod conatus in levibus delictis — non est considerabilis, nec punitur aliqua poena ordinaria, nec extraordinaria." Vergl. auch Blumblacher Comment. zur P. G. O. ad art. 178. p. 409. welcher, die Meinung des Bajardus billigend, bemerkt: „Wann nun ein Mißhandlung allein civiliter oder bürgerlich zu busen, so vermeine ich, quod solus conatus absque effectu nullam poenam mereatur. Da aber ein Mißhandlung eine Vitzdomische oder Hauptmannische Abwandlung verdienet, so halte ich darfür, quod Conatus proximus nicht gar ungestrafter passirn zu lassen, sondern media aliqua poena inter civilem et criminalem, zwischen der Bürgerlichen und Vitzdomischen Straff, angesehen werden möge."

licher Strafe redet, so scheint darin eine Anerkennung dieser damals allgemeinen Ansicht über die „gemeinen beschriebenen Rechte," auf die ja so häufig Bezug genommen wird, enthalten zu seyn [1]). Aber auch criminalpolitisch läßt sich die Straflosigkeit des Versuchs geringerer Verbrechen vertheidigen. Denn wenn auch bei größern Verbrechen der Staat ohne Zweifel ein Recht hat, den Versuch mit Strafe zu bedrohen, so ist doch bei geringern Verbrechen offenbar das Interesse des Staats nicht groß genug, um eine Strafe bei noch nicht beendigter Gesetzesübertretung zu rechtfertigen, und gewiß gehen neuere Legislationen zu weit, wenn sie ohne Einschränkung den Versuch für strafbar erklären, obwohl wir damit noch nicht das Französische Recht als durchgängig nachahmungswürdig empfehlen wollen [2]).

D. Neuere Legislationen.

§. 96.

Werfen wir nun einen Blick auf ausländische Rechte und neuere Deutsche Legislationen, so erklärt 1. das Englische common-law, welches zwischen felonies, als den schwerern und regelmäßig todeswürdigen Verbrechen, und den misdemeanors, als den leichtern Vergehen unterscheidet, nach dem Grundsatze, quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne per quod devenitur ad illud, den Versuch überhaupt für strafbar. Der Versuch einer felony

1) Vergl. Heffter Criminalrecht §. 62. Note 5. Hier wird unter den Bedingungen für die bürgerliche Strafbarkeit des Versuchs nach gemeinem Rechte auch verlangt, daß das beabsichtigte Verbrechen peinliche Strafe begründe, indem die P. G. O. das Criterium des crimen atrox in der peinlichen Strafe gegeben habe. Die meisten Criminalisten berühren diese Frage über die Gränze der öffentlichen Strafbarkeit des Versuchs gar nicht.

2) Vergl. Heffter a. a. O. Rebmann's Magaz. I. S. 163.

wird aber nur als misdemeanour betrachtet, wodurch ein auffallendes Mißverhältniß mit andern Bestimmungen des Englischen Rechts herbeigeführt wird. So ist z. B. auch der Versuch der Tödtung nur misdemeanour, dagegen die Körperverletzung cum animo mutilandi ein todeswürdiges Verbrechen [1]). — 2. In Frankreich wurde früher das Römische Recht, d. h. die von den Italiänischen Juristen aufgestellte Interpretation desselben zur Anwendung gebracht. Dies änderte sich mit dem Code pénal von 1791. Da nämlich dies Gesetzbuch keine allgemeine Regel über die Strafbarkeit des Versuchs aufstellte, so nahm man an, daß er nur in den ausdrücklich bedrohten Fällen [2]) strafbar sey. Darauf erfolgte aber das Gesetz vom 22. Prair. an IV. „Considérant que le Code ne prononce aucune peine contre les tentatives de vol, d'incendie et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement, le Conseil des Cinq Cents prend la résolution suivante: Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. Dies Gesetz gieng fast wörtlich in den Code pénal von 1810 über [3]).

1) Cf. Lelièvre de conat. delinq. p. 455 — 460.

2) Cf. Part. II. tit. 2. Sect. 1. Art. 13. cf. Art. 14. 15. (Assassinat) Art. 16. (Empoisonnement.) vgl. auch Sect. 4. Art. 8. und Lois d. 4. et 16. Décbr. 1792. Loi d. 1. Germin. an. III. Lelièvre l. c. p. 192 — 196.

3) Code pénal Art. 2. Einige Abänderungen in der Fassung sind beliebt worden. Die Disposition lautet hier: Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.

Dagegen soll der Versuch eines Vergehens (délit) nicht als Vergehen selbst angesehen werden, außer in den Fällen wo die Gesetze eine besondere Bestimmung darüber enthalten [1]).

§. 97.

3. Was die Gesetzgebungen in Italien betrifft, so war in dem Gesetzbuch Leopolds des Weisen für Toscana keine allgemeine Regel über die Bestrafung des Versuchs aufgestellt, sondern nur in einzelnen Fällen finden wir ihn mit Strafe bedroht [2]). In der Gesetzgebung für die cisalpinische Republik und dem Entwurfe eines Strafcodex für das Königreich Italien [3]), sowie in dem Codice penale per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla [4]) von 1820 ist, was die absolute Strafbarkeit betrifft, das Französische Recht nachgeahmt. — Dasselbe gilt 4. unter den Legislationen der Schweiz, von dem Strafcodex für den Canton Tessin [5]) von 1816, nur mit dem Unterschied, daß bei einem delitto correzionale (im Gegensatz von delitto d'alto criminale) der Versuch zwar allgemein, aber nur der nächste Versuch bedroht ist. Die Gesetzbücher für den Canton St. Gallen und den Canton Basel erklären den Versuch der Verbrechen überhaupt für strafbar [6]) und dies ist auch 5. in den neuern

1) Code pénal Art. 3. Vgl. Art. 179. 401. 405. 414. 415.

2) Nämlich beim Verbrechen der Tödtung Art. 67. 72. Kinderabtreibung Art. 71. Brandstiftung Art. 85. Stuprum an einem unmannbaren Mädchen Art. 99. Entführung Art. 100. Staatsverbrechen Art. 62. Vergl. Schlözer's Staatsanzeigen Bd. X. S. 348 ff.

3) Art. 69 f.

4) Art. 77 f.

5) Art. 44 f.

6) Vergl. oben §. 21. Über die neuesten Entwürfe von Zürich und Luzern vergl. Mittermaier im Archiv 1835. S. 417 ff. und über das Gesetzbuch für Schaffhausen und andere neuere auslän-

Deutschen Legislationen und Entwürfen der Fall, so im Preuß. Landrecht [1]), in dem Östreich. Gesetzbuche über Verbrechen und schwere Polizei=Übertretungen [2]), in dem Baierischen Strafgesetzbuche von 1813 [3]) und in den Entwürfen für Hannover [4]), Würtemberg [5]) u. a. m.

dische Legislationen Denselben in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes. Bd. VII. — In dem Entwurf für Norwegen von 1832, herausgegeben von Thaulow 1834. werden Kap. 3. §. 7. diejenigen Verbrechen ausgenommen, für welche das Gesetz nur eine Geldstrafe bestimmt. Der Versuch solcher Verbrechen ist nicht strafbar. In dem Entwurf eines republicanischen Gesetzbuchs von Frey. Bern 1835. scheint für Vergehen, welche nicht wenigstens zweijährige Arbeitshausstrafe zur Folge haben, keine Versuchs=Strafe festgesetzt zu seyn. Vergl. Art. 87.

1) Th. II. Tit. 20. §. 39.

2) Th. I. §. 6. 7. entlehnt aus Joseph II. Gesetzbuch über Verbrechen Art. 9. Vergl. oben §. 21. Note 2. Nach Th. II. §. 6. ist auch der Versuch einer schweren Polizei=Übertretung strafbar. Die Bestimmung des Gesetzbuchs von Joseph II. gieng fast wörtlich über in das Reglement provisionnel pour la procedure criminelle dans les pays bas Autrichiens von 1787 und hat vielleicht Einfluß gehabt auf das Französische Gesetz vom 22. Prair. an IV. Cf. Lelièvre de con. delinq. p. 199.

3) Der Art. 57 redet zwar blos von Verbrechen, allein aus den folgenden Artikeln ergiebt sich, daß das Gesetz auch den Versuch der Vergehen bedroht. Der Entwurf von 1822 stimmt überein, nennt aber gleich im Art. 46. auch die Vergehen.

4) Erster Entwurf Art. 41 ff. Revid. Entwurf Art. 36. 37.

5) Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Würtemberg. Stuttgart und Tübingen. 1835. Art. 56.

Zweiter Titel.

Über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen.

§. 98.

I. Nothwendigkeit der äußern Erkennbarkeit der Handlung.

Äußere Erkennbarkeit der Handlung ist stets als eine Grundbedingung der bürgerlichen Strafbarkeit betrachtet worden; sie muß daher auch zur Bestrafung des Versuchs gefordert werden, der schon seinem Begriffe zufolge eine auf Erreichung eines gewissen Zwecks gerichtete äußere Handlung voraussetzt. Denn der bloße Wille oder Entschluß, Etwas zu thun, ist noch kein Versuch [1]). Denn die öffentliche Ordnung, der Rechtszustand im Staate, wird nur durch äußere Handlungen gestört. Der bürgerliche Richter kann den Gedanken nicht richten, welcher das unverletzliche und unzugängliche Eigenthum des Menschen ist [2]); nur Tyrannen haben versucht, auch in dieses einzudringen und selbst den menschlichen Willen in Fesseln zu schlagen [3]). Die Straflosigkeit des bloßen Gedankens und selbst des verbrecherischen Willens und Ent-

1) Mit Recht ist daher die Fassung des Art. 2. des Code pénal getadelt worden, wonach es auch einen Versuch ohne äußere Handlung geben müßte.

2) Mehrere schöne Aussprüche über diesen Gegenstand von Hugo Grotius, Merlin, Paillet und Romagnosi stellt Lelièvre de conat. delinq. p. 7 seqq. zusammen. Vergl. auch Filangieri System der Gesetzgebung IV. Bd. S. 264. woselbst auch das schon mehrfach angeführte Beispiel, welches Plutarch erzählt, daß der Tyrann Dionysius selbst wegen eines Traumes Jemanden bestraft habe. Feuerbach über Hochverrath S. 35. Beccaria über Verbrechen und Strafe, übersetzt von Bergk. Bd. I. S. 153. Cropp de praec. jur. Rom. Sect. I. p. 62 seq. Sehr gut auch Rossi, Traité Livr. II. chap. 26.

3) Hepp Versuche S. 306. Rossi l. c. in fin.

schlusses, welche der Römer in seinem Cogitationis poenam nemo patitur und der Deutsche in der Parömie „Gedanken sind zollfrei" ausdrückt [1]), ist in allen positiven Rechten anerkannt worden. Hiermit steht nicht im Widerspruch, daß der positiv oder negativ böse Wille wieder nothwendige Bedingung für die Strafbarkeit der äußern That ist. Denn da das Strafrecht vernünftiger Weise nur gegen mit Verstand und Vernunft begabte und mit Willkühr handelnde Menschen ausgeübt werden kann, so folgt von selbst, daß auch die blos äußere That nicht gestraft werden könne, wenn ihr nicht eine Verschuldung, ein positiv oder negativ böser Wille zu Grunde liegt. Auch dies ist zu allen Zeiten und bei allen Völkern anerkannt worden, und nur darin differiren die Ansichten, daß man bei der Bestrafung bald auf das Daseyn des bösen Willens, bald auf die Existenz und Größe der äußern Verletzung mehr Gewicht gelegt hat.

§. 99.

Was das Römische Recht [2]) betrifft, so ist der Satz Cogitationis poenam nemo patitur ausdrücklich von Justinian als allgemeine Rechtsregel anerkannt worden [3]). Noch deutlicher sagt Paulus [4]): Nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit, und von Tryphoninus haben wir eine die Sache näher erläuternde Anwendung auf einen speciellen Fall [5]). „Fugitivus est

1) Nam primi motus non sunt in potestate nostra! sagt die Glosse zu L. 5. Cod. de episcop. et cler.

2) Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 610. Cropp l. c. Lelièvre de con. delinq. p. 45 seq.

3) L. 18. D. de poen. (XLVIII. 19.) vgl. auch L. 1. §. 1. D. de furt. „sola cogitatio furti faciendi non facit furem."

4) L. 53. §. 1. D. de V. S. Auch der im vorigen § angedeutete Gegensatz wird anerkannt, wenn es heißt: Nemo ope videtur fecisse nisi et consilium malignum habuerit.

5) L. 225. D. de V. S. Cf. L. 17. pr. L. 43. §. 1. D. de aedil.

non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum jactaverit: sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit: nam et furem, adulterum, aleatorem, quanquam aliqua significatione ex animi propositione cujusque sola quis dicere posset: ut etiam is, qui nunquam alienam rem invito domino subtraxerit, nunquam alienam matremfamilias corruperit, si modo ejus mentis sit, ut occasione data id commissurus sit: tamen oportere eadem haec crimina assumpto actu intelligi; et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intelligi constat." Recht treffend spricht sich auch der strengrechtliche M. Porcius Cato über diesen Gegenstand aus, als er in einer im Senat gehaltenen, von Tiro ohne Grund getadelten [1]) Rede sich der Rhodier annahm, welchen man deswegen den Krieg erklären wollte, weil sie die Absicht gehabt hätten, den nun besiegten Perseus zu unterstützen. Seine Worte sind folgende [2]): „Qui acerrime adversus eos dicit, ita

edict. (XXI. 1.) Nicht entgegen steht L. 174. D. de V. S. wo es heißt: „qui enim dicit furem non esse de hominis proposito loquitur." Die Stelle redet von der Gewähr beim ädilic. Edict, wo das bezeichnete Versprechen des Verkäufers so ausgelegt wurde, der Sclave habe nicht den Fehler diebischer Gesinnung.

1) S. dagegen Livius Lib. XLV. c. 25. wo er in Beziehung auf diese Rede sehr hübsch sagt: Non inseram simulacrum viri copiosi, quae dixerit referendo: ipsius oratio scripta extat, Originum quinto libro inclusa.

2) Gellius Noct. Attic. Lib. VII. cap. 3. nr. 36 seq. Auf diese Vertheidigung des Cato bezieht sich wohl eine Stelle in der Rede, welche Livius Lib. XLV. cap. 22 seq. den Astymedes, einen der Rhodischen Abgesandten, im Römischen Senate halten läßt, wo er (cap. 24.) sagt: Alii vestrûm, voluisse quidem nos hoc, non tamen ob id bello persequendos esse: neque mo-

dicit: hostes voluisse fieri. Et quis est tandem vestrorum, qui, quod ad sese attineat, aequum censeat, poenas dare ob eam rem, quod arguatur, male facere voluisse? Nemo, opinor; nam ego, quod ad me attinet, nolim. — Et quae tandem lex est tam acerba, quae dicat: Si quis illud facere voluerit, mille nummi, dimidium familiae mulcta esto. — Sed si honorem non aequum est haberi ob eam rem, quod bene facere voluisse quis dicit, neque fecit tamen: Rhodiensibus male erit, non quod male fecerunt, sed quia voluisse dicuntur facere?"

§. 100.

Es geht hieraus zur Genüge hervor, daß die Römer den Satz cogitationis poenam nemo patitur als eine allgemein gültige Rechtsregel betrachteten. Dessenungeachtet haben doch Manche gerade an der Allgemeingültigkeit dieser Regel vorzüglich zur Zeit der Imperatoren gezweifelt. Schon Cujacius[1]) bezieht merkwürdiger Weise die Regel cogitationis poenam nemo patitur blos auf das Edictum Quod quisque juris, und der Grund ist, weil die L. 18. D. de poen. und die L. 1. D. Quod quisque juris beide aus Ulpianus lib. 3. ad edict. entlehnt sind[2])! Dabei beruft er sich auf mehrere Äußerungen nicht juristischer Schriftsteller[3]) und scheinbar entgegenstehende Stellen des Römi=

ribus, neque legibus ullius civitatis ita comparatum esse, ut si quis vellet inimicum perire, si nihil fecerit, quo id fiat, capitis damnetur. Doch läßt Livius den Cato erst nachher, bei der Abstimmung im Senat, für die Rhodier sprechen.

1) Observ. XV. 25. XIX. 10. S. dagegen Bynkershoek Observ. III. c. 10. und Lelièvre l. c. p. 58.

2) S. dagegen Cropp de conat. delinq. S. I. p. 62.

3) z. B. Vellej. Patercul. Facta majores nostri ad consilium dirigebant. Apulejus Floridor. lib. 4. — in maleficiis etiam

schen Rechts, von denen meistens schon oben bei der Frage, ob das Römische Recht den Versuch überhaupt für strafbar erkläre, die Rede gewesen ist. Namentlich spielt auch hier wieder der Ausspruch Hadrians: In maleficiis voluntas spectatur non exitus eine Rolle, welcher der Regel: cogitationis poenam nemo patitur widersprechen soll. Daß dies aber in der That nicht der Fall seyn kann, geht schon aus der oben gegebenen Ausführung über die eigentliche Bedeutung dieser Stelle hervor, und den Äußerungen nicht juristischer Schriftsteller, welche überdies gegen so bestimmte Entscheidungen des Römischen Rechts nichts beweisen könnten, liegt theils ein ganz anderer Sinn zu Grunde, indem sie nur die Beziehung der Strafe auf den bösen Willen aussprechen, theils sind sie dem Zusammenhang zufolge von einem schon in äußere Handlungen übergegangenen bösen Willen zu verstehen [1]), und beziehen sich auf Fälle, wo eine Lex diesen schon bestrafte, oder die Handlung unter

cogitata scelera non perfecta adhuc vindicantur — sufficit ad poenam meditari punienda. Juvenal. Satir. 13. Nam scelus intra se tacitum qui cogitat ullum, Facti crimen habet ——. Servius Honoratus ad Virgil. Aeneid. Lib. VI. vers. Ausi omnes. Secundum morem Romanum non tantum exitus punitur, sed et voluntas. Quinctilianus Declam. 271. Insidiatus civi etiam si non effecerit scelus, poenas tamen legibus solvit. Cicero pro Milone c. 7. Nisi forte quia perfecta res non est, non fuit punienda. Perinde quasi exitus rerum non hominum consilia vindicentur. Cf. Paradox. c. 6. Valerius Maximus Lib. VI. c. 1. Non enim factum tunc sed animus in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit.

1) So bezieht sich z. B. die Stelle bei Valer. Max. auf eine Erzählung von einem gewissen Cn. Sergius, welcher deswegen verurtheilt wurde, weil er einer Frau stupri causa Geld versprochen hatte. Schon Matthaeus de crim. Prolegom. cap. I. §. 6. sagt daher mit Recht: Pleraque haec loca non de cogitatione nuda loquuntur, sed de crimine assumto aliquo actu inchoato.

den Begriff eines Verbrechens subsumirt werden konnte. Dasselbe gilt auch von denjenigen Stellen des Römischen Rechts, welche den dolus dem factum gleichstellen [1]), oder von einer Bestrafung der voluntas sceleris [2]), des affectus [3]), der nuda cogitatio [4]), der consilia [5]) u. s. w. reden, welche

1) L. 7. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) „In L. Cornelia dolus pro facto accipitur."

2) z. B. in der L. 5. Cod. ad L. Jul. majest. (IX. 8.) „eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum, puniri jura voluerunt." L. 1. Theod. Cod. Ad L. Jul. de amb. (IX. 26.) „cum pari sorte leges scelus, quam sceleris puniant voluntatem." L. 3. §. 11. D. de re mil. (XLIX. 16.) „Et is, qui volens transfugere apprehensus, capite punitur." L. 1. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) Sollicitatores alienarum nuptiarum — propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.

3) L. 2. Th. Cod. eod. (IX. 26.) „— affectus gravissimis suppliciis poenam deportationis excipiat. Vgl. auch L. 6. Cod. de divers. rescr. (I. 23.) „qui hoc aggressus fuerit tyrannico spiritu."

4) Neben der L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. hat das meiste Bedenken wohl die L. 6. Cod. de his qui ad eccles. (I. 12.) erregt, wo es heißt: „— his, qui hoc moliri, aut facere aut nuda saltem cogitatione atque tractatu ausi fuerint, capitali et ultimi supplicii animadversione plectendis." S. z. B. schon Placentinus Tract. de accusat. Tit. VI. welcher, die Straflosigkeit der cogitatio anerkennend, hinzufügt: Excepto eo, qui contra Imperatorem vel ejus consiliarios cogitaverit, et qui profugum de sacrosancta ecclesia abstrahere tentavit, qui non solum si affectavit tenetur, verum etiam pro sola cogitatione punitur, ut C. de his qui ad eccles. confug. L. praesenti. — Selbst Cropp I. p. 100. glaubt, daß hier wirklich der bloße Gedanke mit Strafe bedroht werde. Allein man muß doch wohl anstehen, dem Kaiser Leo eine solche Widersinnigkeit aufzubürden, und vielmehr cogitatione atque tractatu zusammen, als Gegensatz des facere, von einem in äußere Handlungen übergegangenen Entschluß verstehen. Vgl. Mittermaier im N. Arch. II. S. 613. Hepp Versuche S. 304. — Ferner ist den Auslegern ein Stein des Anstoßes gewesen die L. si quis non dicam rapere (5) Cod.

sämmtlich keinen andern Sinn haben, als daß die Erreichung des verbrecherischen Zweckes in diesen Fällen nicht zur Bestrafung erforderlich sey und daß auch ohne Erfolg geblie-

I. 3. (L. 2. Th. C. IX. 25.) Gegen Sozomenus, welcher lib. 6. c. 3. behauptet, diese Verordnung des Jovianus über den Raub der Sanctimoniales bedrohe auch denjenigen mit der Todesstrafe, welcher eine heilige Jungfrau um sie zu ehelichen angeht, ἢ καὶ ἀκολάστως μόνον προςβλέποντα, also auch denjenigen welcher sie nur in wollüstiger Absicht ansehe, erklärt sich Gothofredus in seinem Commentar zu dieser Stelle, indem die Constitution, wie wir sie hätten, nichts davon sage; „et ratio ipsa contra stat, cum cogitatio nuda poenam non mereatur et nuda animi cogitatio, nudus aspectus, quamlibet libidinosus, poenis legum non subjaceat; nuda inquam cogitatio, quae ad actum aliquem externum non processit, sed in nudis, ut loquuntur, merisque propositi terminis constitit; denique quae intra solum consilium et animi propositum stetit, sic ut nullus actus assumatur, nullove facto initium criminis mente deductum fuerit", wofür er außer der bekannten Stelle L. 225. D. de V. S. und Gell. VII. c. 3. auch eine Stelle des Tertullian anführt, welcher sagt: „Mediocritas humana de factis solum judicat, quia voluntatis latebris par non est." Gothofredus will dann statt „vel invitas, vel invitare ausus fuerit" lesen und hält dies für gleichbedeutend mit Appellare in L. 15. §. 20. D. de injur. Daß das „Cogitaverit" in L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. auf eine Verschwörung zu beziehen ist, ergiebt der ganze Zusammenhang der Stelle. Cf. Cropp II. p. 23. Schon die Glosse bezieht die Stellen des Römischen Rechts, welche von einer Bestrafung der voluntas zu reden scheinen, auf den Fall, si non est statum in finibus cogitationis; et sic (sagt sie) omnia contraria tolluntur. Glossa ad L. cogitationis ff. de poenis. S. auch Azo Commentar. ad Cod. h. l. (oben §. 56. Note 2.) Ebenso ist der mehrfach vorkommende Ausdruck moliri zu verstehen.

5) Die L. 16. pr. D. de poen. nennt unter den strafbaren Handlungen auch consilia. Wie dies zu verstehen sey, ergiebt die beigefügte Erklärung: „ut conjurationes aut latronum conscientia. Cf. auch L. 1. D. ad L. Jul. maj. (XLVIII. 4.) und Sanio ad L. Corn. de sic. p. 73.

dene verbrecherische Handlungen, wegen des vorhandenen verbrecherischen Vorsatzes gestraft werden könnten [1]). Wir haben daher gar nicht nöthig zu der traurigen Erklärung unsere Zuflucht zu nehmen, daß z. B. die L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. ein ungereimter Machtspruch Römischer Tyrannen sey [2]).

§. 101.

Das Canonische Recht erkennt ebenfalls die bürgerliche Straflosigkeit des Gedankens, Willens und Entschlusses an, indem es die Aussprüche des Römischen Rechts wiederholt [3]), und wenn andere Stellen, welche aus den Werken der Kirchenväter gezogen sind, den Willen der That gleichstellen [4]), so sind sie doch nur von der Sünde und der deswegen nothwendigen kirchlichen Bußübung und Reue zu verstehen und nicht auf das bürgerliche Strafrecht zu beziehen [5]). Hinsichtlich der peinlichen Gerichtsord-

1) Vergl. Mittermaier im N. Archiv II. S. 610. Hepp l. c. p. 303 seq. Lelièvre l. c. p. 49 seq.

2) Kleinschrod systemat. Entwickel. I. §. 35.

3) can. 14. 20. C. XXXIII. Qu. 3. D. I. de poenit.

4) can. 25. Caus. XXXIII. Qu. 3. de Poenit. Dist. 1. — et licet gladio non occidat, voluntate tamen interficit. can. 28. ib. Aperuit ergo Dominus, omnem iniquum motum ad nocendum fratri, in homicidii genere deputari. can. 29. Si propterea non facis furtum, quia times, ne videaris, intus fecisti, in corde fecisti: furti teneris et nihil tulisti. can. 30. Si etiam non contingat facultas concumbendi cum conjuge aliena, planum tamen aliquo modo sit, id eum cupere, et si potestas detur facturum esse, non minus reus est, quam si in ipso facto deprehenderetur. Voluntas remuneratur, non opus. Voluntas autem in cordis contritione est, opus vero in oris confessione.

5) So schon Jacob. de Belvisio, Pract. crim. Lib. III. cap. 26. nr. 3. „Sola autem cogitatio simpliciter dicta non punitur jure divino, nec humano", und Duranti Specul. juris Lib. III. Rubr. 1. „Tunc autem ex crimine ad accusationem

nung ist es nie bezweifelt worden, daß sie den bloßen bösen Willen nicht strafe, und es ist dies dem sonst vorherrschenden objectiven Maßstabe durchaus angemessen. Auch fordert sie ausdrücklich [1]) „etlich scheinlich werck, die zur volnbringung der missethat dienstlich seyn mögen" zur Strafbarkeit des Versuchs und wiederholt, daß der böse Wille nur dann gestraft werden solle, wenn daraus „etlich werck als obsteht" gefolgt seyen. Wäre daher auch nachzuweisen, daß das Römische Recht in irgend einem Falle die nuda cogitatio ohne äußere Handlung mit Strafe bedrohe, so würde ein Deutscher Richter doch eine solche, der ganzen Grundansicht des Gesetzbuches widersprechende Bestimmung nicht zur Anwendung bringen dürfen und man wird nicht einwenden können, daß ein späteres generelles Gesetz ein früheres specielles nicht aufhebe, weil dieser für das Civilrecht wohl gültige Satz auf das Strafrecht keine unbedingte Anwendung leidet. — Was aber die Gesetzesworte selbst betrifft, so ist schon früher von den in Beziehung auf das Wort „etlich" vorkommenden Abweichungen in den

pervenitur, cum illud in actum processit: Alioquin cogitationis poenam nemo meretur, nec inde accusatio procedit ut de poen. dist. 1. c. cogitat. quae est ff. de poenis et sic intelligitur ead. dist. c. si quis non dicam rapere, quae est C. de episc. et cler. cum suis concor. Licet sit arg. contra X. de hom. c. pro humani. Accusatio ergo actum desiderat." — Eine Ausnahme macht Jul. Clarus Pract. Quaest. 91. bei der haeresis. „Nam ex sola cogitatione nemo punitur, neque etiam in crimine laesae Majestatis, nisi ad aliquem actum exteriorem processum fuerit. — De jure tamen canonico secus est: nam in aliquibus casibus etiam ex sola cogitatione quis punitur. Et potest poni exemplum in haeresi, nam cum illud delictum ex sola mentis cogitatione perficiatur, solent inquisitores punire etiam haereticum in mente." — Vergl. übrigens Mittermaier im N. Arch. Bd. II. S. 614. u. Lelièvre de conat. delinq. p. 7 seqq.

1) Art. 178.

Ausgaben der Carolina die Rede gewesen (§. 20.), während hinsichtlich des Ausdrucks „scheinlich" wohl alle Editionen übereinstimmen. Scheinlich und scheinbar heißt aber in der Sprache des Mittelalters nicht etwas blos dem Scheine nach Vorhandenes, Ungewisses, Zweifelhaftes, sondern vielmehr etwas evident in die Sinne Fallendes und Unleugbares [1]), und in Beziehung auf Verbrechen bedeutet daher „scheinliches Werk" eine Handlung, welche ihrer äußern Erscheinung nach ganz unleugbar schon die Gestalt eines Verbrechens an sich trägt.

§. 102.

Mehrere neuere Gesetzgebungen sprechen es ausdrücklich aus, daß das, was im Innern des Menschen vorgeht, seine Gedanken, Entschlüsse und Vorsätze außer dem Gebiete der Strafgesetzgebung liegen, während andere die äußere Erkennbarkeit der Handlung als eine sich von selbst verstehende Voraussetzung für die bürgerliche Strafbarkeit be-

1) Scheinbare That heißt s. v. a. handhaftige, offenbare, keinem Zweifel unterliegende That. Schon Walch Glossar. ad interpr. C. C. C. inserv., s. v. scheinlich, stellt mehrere Belege zusammen: aus Reineke Fuchs Bdch. 1. Kap. 19. V. 20. „Hier sind vele Klägers und schinbare Daet" — Hamb. Stadtr. Tit. vann pynlyken Saken Art. 17. (Vermischte Beiträge zum Deutschen Recht Th. VI. S. 144.) „Eyn deff de myth der duffte begrepen ys, gheuangen vn ghebunden vor gherichte kumpt myth der schynbaren Daet." Rügisches Ritterrecht cap. 177. „de schall ydt klagen mit gerüchte dorch de handschafftige that, de schynbar ys vor en unde apenbar." Beim Diebstahl wurde die gestohlne Sache vor Gericht gebracht, bei Tödtungen der Leichnam, dann das blutige Kleid oder eine abgeschnittene Hand, um den Thatbestand zn constatiren, und dies hieß der blickende Schein (corpus delicti.) Vgl. Grimm Deutsche Rechtsalterthümer S. 627. 650. In Zusammensetzungen gebrauchen wir Schein und scheinlich auch noch in der ältern Bedeutung, z. B. in Augenschein, augenscheinlich.

trachten. So sagt z. B. das Östreich. Strafgesetzbuch [1]) ausdrücklich: „Über Gedanken oder innerliches Vorhaben, wenn keine äußere böse Handlung unternommen oder nicht etwas, so die Gesetze vorschreiben, unterlassen worden, kann Niemand zur Rede gestellet werden", und das Baiersche Strafgesetzbuch fordert auch äußere Handlungen zur Strafbarkeit des Versuchs [2]), ebenso neuere Strafgesetzentwürfe [3]), und ausländische Legislationen [4]).

§. 103.

II. Eine auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete äußere Handlung.

Wenn nun aber sowohl den allgemeinen Rechtsprincipien zufolge, als nach positiven Gesetzen, der bloße Gedanke und Entschluß, ein Verbrechen zu begehen, nicht strafbar seyn kann, weil hierin noch gar keine Gesetzesübertretung enthalten ist, so kann auch die bloße Äußerung desselben, die Mittheilung des verbrecherischen Entschlusses, z. B.

1) Th. I. §. 8. Das allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung von Joseph II. Art 9. macht diese Bestimmung zum Vordersatz bei der Bedrohung des Versuchs: „Obschon der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch kein Criminal-Verbrechen sind" rc. Die Instruction der Kaiserin Catharine II. von 1769. sagt §. 201. Quoique les lois ne punissent pas l'intention etc.

2) Th. I. Art. 57. Vergl. auch Anmerkungen dazu Th. I. S. 67. 177. — Spanischer Strafcodex von 1822. Titul. praelim. Cap. I. §. 5.

3) Hannov. Entwurf Art. 38. und schon beim allgemeinen Begriff des Verbrechens. Art. 6. (Revidirter Entwurf Art. 33. Der Art. 6. läßt „äußerlich erkennbar" weg.) — Der Norweg. Entwurf sagt: „Hat Jemand vorsätzlich angefangen, ein Verbrechen ins Werk zu setzen." (Kap. III. §. 1.)

4) z. B. Spanischer Strafcodex von 1822. Titul. praelim. Cap. I. §. 9. Code pénal Art. 2. S. oben S. 179.

wenn Jemand seinem Freunde in einem Briefe schreibt, er sey zur Begehung eines Verbrechens entschlossen, keine Strafe begründen [1]). Denn in einer solchen Äußerung liegt noch keine auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Handlung, welche doch vorhanden seyn muß, wenn überhaupt von einem Versuche soll gesprochen werden können, weil man von demjenigen, welcher blos den Willen hatte, ein Verbrechen zu begehen, nicht sagen kann, er habe dasselbe versucht. Hiermit stimmen auch unsere positiven Gesetze überein. Schon das Römische Recht sagt, der zur Begehung eines Verbrechens Entschlossene könne nicht gestraft werden, licet id se facturum jactaverit [2]), und die P. G. O. fordert ausdrücklich Werke, welche zur Vollbringung des Verbrechens dienstlich seyn mögen. Aus demselben Grunde kann auch die Drohung mit Begehung eines Verbrechens als solche nicht bestraft werden, sondern berechtigt nur den Staat, Sicherheitsmaßregeln gegen den Drohenden zu ergreifen. Denn die Erklärung etwas thun zu wollen, ist noch kein Anfang der That selbst, nicht einmal eine äußere Vorbereitung derselben. Auch die P. G. O. unterscheidet die Drohung mit Begehung eines Verbrechens so deutlich von der unterstandenen Missethat, daß darüber nicht der mindeste Zweifel obwalten kann, und wenn sie dessenungeachtet für die in einem solchen Falle gegen den Drohenden zu ergreifenden Maßregeln den Ausdruck Strafe gebraucht, so kann doch die wahre Bedeutung desselben nicht im Mindesten verkannt werden [3]). Es muß aber hierbei we-

1) Auch hier — und dasselbe gilt von Drohungen, die meistens nur im Affect ausgestoßen werden, und an deren Ausführung bei ruhiger Stimmung nicht wieder gedacht wird, — findet der Spruch des Modestinus wohl Anwendung: Nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est!

2) L. 225. D. de V. S. S. oben §. 99.

3) P. G. O. Art. 176. Von straff oder versorgung der personen

nigstens daran erinnert werden, daß die Drohung sehr wohl unter den Begriff eines Verbrechens fallen kann. Denn es kann darin nicht nur 1. ein Verbrechen der Injurie oder, z. B. bei Soldaten, der Insubordination[1]), sondern auch 2. ein wirkliches crimen vis[2]) enthalten seyn,

von den man auß ertzeygten vrsachen, übels vnd missethatt warten muß. — „Item ob eyner über vorgeübte vnd nachgelassene vnd gerichte missethat mit worten oder schrifften andern dergleichen übels zuthun, doch sunst on weitther beschwerlich vmbstende trohet, Vnnd aber darmit nit souil gethan hett, daß jm darumb das leben (wie hernach imm 178. art. — von vnderstanden missethatten geschriben steht) genommen werden möcht, — — vnnd dann dieselbig person, deßhalb kein notturfft caution, gewißheyt oder sicherheyt machen kündt, solchen künfftigen vnrechtlichen schaden vnd übel zu fürkommen, soll dieselbig vnglaubhafftige boßhafftige person inn gefengknuß, alß lang biß die nach erkantnuß des selben gerichts genugsame caution sicherung, vnd bestandt für solche vnrechtliche thätliche Handlung thut, durch die schöpffen rechtlich erkant werden, jedoch sol solch straff nit leichtuertiglich oder on mergklich verdechtlicheyt künfftigs übelß (als obsteht) sonder mit radt der rechtuerstendigen beschehen." — Aus diesem Artikel ergiebt sich auch zur Genüge, daß wenigstens gemeinrechtlich das Gericht auf solche Sicherungsmaßregeln erkennen kann und daß nur die Anordnung derselben den Polizeibehörden überlassen werden muß. Daß man hieraus auch eine analoge Anwendung auf den Fall machen könne, wenn gegen ein des Verbrechens höchst verdächtiges und der öffentlichen Sicherheit gefährliches Individuum Sicherungsmaßregeln getroffen werden müssen, läßt sich wohl kaum bezweifeln. S. indeß Feuerbach Lehrb. §. 83. Note b. Vgl. aber auch P. G. O. Art. 195. „Formirung der vertheyl eyns sorglichen manns inn gefengknuß zu verwaren." — Höchst willkührliche Unterscheidungen macht von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. III. St. S. 197 ff.

1) Bedrohung des Regenten ist crimen laesae majestatis. Vergl. Hannov. Entw. Art. 152. (revid. Entw. Art. 139.)

2) Vergl. Wächter im N. Arch. Bd. XI. S. 639. Bd. XIII. S. 375.

dies letztere aber nur unter der Voraussetzung, wenn die Drohung geschah, um eine Person wider ihren Willen zu einem Thun, Leiden oder Unterlassen zu bestimmen. Soll dagegen durch die Drohung nicht ein auf diese Weise begränzter verbrecherischer Zweck erreicht, sondern wegen eines erlittenen [1]), vermeintlichen oder wirklichen, Unrechts Rache genommen werden, so ist die Drohung an sich weder ein vollendetes, noch auch, wie gezeigt worden ist, ein versuchtes Verbrechen. Endlich kann auch 3. die Drohung mit einem Verbrechen, z. B. Bedrohung des Lebens, als Versuch eines bestimmten Verbrechens erscheinen, zu dessen Thatbestand Gewalt, sey es physische oder psychische, gehört; z. B. Verbrechen des Raubes, der Nothzucht, der Entführung. Es liegt aber dann nicht Versuch desjenigen Verbrechens vor, mit welchem gedroht wurde, sondern Versuch desjenigen Delicts, zu dessen Begehung die Drohung als Mittel der Ausführung angewendet wurde [2]).

§. 104.

Unter gewissen Voraussetzungen bildet aber gemeinrechtlich die Drohung an sich ein eigenthümliches Verbrechen, näm-

1) Dies wird auch im Art. 176. der P. G. O. sehr deutlich hervorgehoben, verb. „über vorgeübte vnd nachgelassene vnd gerichte missethat." — Auch von einem Verbrechen der Widersetzlichkeit kann, wenn eine obrigkeitliche Person bedroht wird, nur dann die Rede seyn, wenn sie durch die Drohung zu einem Thun. Leiden oder Unterlassen bestimmt werden soll. Deshalb ist es nicht zu billigen, wenn das Baier. Strafgesetzbuch Art. 315. auch den Fall dazu zählt, wenn Jemand eine amtliche Verfügung an der obrigkeitlichen Person gewaltsam zu rächen sucht. (Übergegangen auch in den Hannoverschen Entwurf Art. 165. revidirter Entwurf Art. 151.)

2) Man hat hier wohl von einem conatus verbalis (im Gegensatz von realis) gesprochen. Cf. Lelièvre de conat. delinq. p. 30-33.

lich das Verbrechen des Landzwangs [1]), welches nach den Reichsgesetzen in einer dem wirklichen Landfriedensbruch gleichgestellten Bedrohung mit Verbrechen von Seiten eines seiner Obrigkeit entwichenen zu gefährlichen Menschen übergetretenen Unterthanen besteht [2]). Ältere Criminalisten [3]) gebrauchen dafür den Ausdruck diffidatio und betrachten den Landzwang als einen Versuch des Landfriedensbruchs, weshalb sie auch fordern, daß die Drohung direct oder indirect gegen eine ganze Gemeinheit ge-

1) Etwas Ähnliches ist der s. g. Scopelismus, welcher im Röm. Rechte als ein nach Provinzialrecht strafbares crimen extraordinarium von Ulpian in L. 9. D. de extraord. crim. näher beschrieben wird. „Sunt quaedam, quae more provinciarum coërcitionem solent admittere: utputa in provincia Arabia σκοπελισμὸν, i. e. lapidum positionem, crimen appellant: cujus rei admissum tale est: plerique inimicorum solent praedium inimici σκοπελίζειν, i. e. lapides ponere, indicio futuros, quod si quis eum agrum coluisset, malo letho periturus esset insidiis eorum, qui scopulos posuissent." — — Cf. Matthaeus de criminib. Lib. XLVII. tit. V. c. 2.

2) P. G. O. Art. 128. — — „Hierumb wo dieselben an verdechtliche end, als obsteht außtretten, die leut bei zimlichen rechten und billicheyt nit bleiben lassen, sonder mit bemeltem außtretten von dem rechten vnd billicheyt zu bedrohen oder schrecken vnderstehn, dieselben wo sie inn gefengknuß kemen, mit dem schwert als landtzwinger vom leben zum todt gericht werden, vnangesehen, ob sie sunst nit anders mit der that gehandelt hätten." Vergl. Reichsabsch. von 1512. Tit. IV. §. 15. womit die Landfr. von 1521. Tit. VIII. §. 3. und von 1548. Tit. XVI. §. 3. wörtlich übereinstimmen. S. auch Reichsabsch. von 1555. §. 46. 48. und von 1594. §. 41. — Feuerbach Lehrb. §. 433.

3) S. hauptsächlich Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XXXVII. Vergl. auch Damhouder Prax. rer. crim. cap. 103. nr. 10. welcher eine Drohung mit Brandstiftung (rubrum gallum tuas transmittam ad aedes) für so strafbar hält, wie das wirkliche Verbrechen.

richtet sey. Sie rechnen dazu die Übersendung eines Fehdebriefes und besonders auch das Legen von Brandzeichen. Neuere Criminalisten fassen den Landzwang als eine Unterart des Verbrechens der Gewaltthätigkeit auf, weil er in der Anwendung an sich widerrechtlicher compulsiver Gewalt bestehe [1]). Allein beide Ansichten scheinen nicht richtig zu seyn. Denn die Bedrohung mit Fehde durch Überschickung eines Fehdebriefs ist so wenig Versuch des Landfriedensbruchs, als die schriftliche Bedrohung mit einem bestimmten Verbrechen Versuch dieses Verbrechens, und nach den Gesetzen ist es einerlei, ob die Drohung gegen Einzelne oder ganze Gemeinden gerichtet ist [2]). Von einem vollendeten oder versuchten Verbrechen der Gewaltthätigkeit kann aber wohl aus dem Grunde nicht gesprochen werden, weil die Gesetze dabei die Bedrohung mit Gewaltthätigkeiten wegen eines erlittenen vermeintlichen oder wirklichen Unrechts im Sinne haben, und weil es die Drohung an sich und die mit dem Austreten zu Menschen, von denen Unterstützung erwartet wird, verbundene Gefährlichkeit derselben ist, welche nach den Gesetzen die Strafe begründet. Doch kann die Handlung ein wirkliches crimen vis oder einen Versuch der Erpressung in sich enthalten [3]).

1) Wächter Strafr. II. S. 44. S. jedoch Heffter Griminr. S. 385.

2) Feuerbach Lehrb. §. 433a. S. aber Tittmann Hdb. II. §. 518.

3) Vgl. Baier. Strafgesb. Th. I. Art. 241 - 243. Hann. Entw. Art. 198. Code pénal Art. 305 - 308. u. darüb. Rossi, Traité Livr. II. chap. 26. Für die Strafbarkeit der Drohung überhaupt erklärt sich mit dem Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. §. 44. Jarcke in Hitzig's Zeitschr. Heft V. S. 151. weil die Drohung das Vorhandenseyn eines ausgebildeten (?) bösen Willens manifestire. Sollte hiervon Alles abhängig gemacht werden, so müßte auch jeder andere Beweis eines verbrecherischen Vorsatzes genügen. — Tittmann im Handbuch II. §. 516. hält die Drohung an und für sich für eine strafbare Handlung, weil sie die Rechtssicherheit aufhebe. Dies erklärt sich aus der in dem Präventions-System liegenden völligen

§. 105.

III. Eine Handlung, welche einen Anfang der Ausführung enthält.

Wenn wir also eine auf Hervorbringung des Verbrechens selbst gerichtete Handlung stets und jedenfalls zum Begriff und zur Strafbarkeit des Versuchs fordern müssen, (vgl. §. 19.) so fragt sich dann ferner, ob, ohne weitere Unterscheidung, jede, auch die entfernteste Versuchshandlung genüge, oder ob die bürgerliche Strafbarkeit noch einer Einschränkung bedürfe? Bevor wir aber eine Entscheidung über diese Frage abgeben können, müssen wir zuvor die verschiedenen Stufen des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit ins Auge fassen. Sehen wir nämlich auf die natürliche Beschaffenheit der Versuchshandlungen, so lassen sich, sobald der verbrecherische Entschluß in äußere Handlungen übergegangen ist, die vorläufigen Anstalten zur Verübung des Verbrechens von der Ausführung selbst unterscheiden [1]), und zwar sowohl da, wo der Verbrecher mit Überlegung und Vorbedacht zu Werke geht, als da, wo Affect und Leidenschaft das Verbrechen hervorbringt. Denn wenn sich auch in dem letztern Falle die Handlungen schneller aneinander reihen, weil der im Zustande des Affectes befindliche Thäter meistens ohne weitere Auswahl der Mittel und ohne darauf bedacht zu seyn, seine verbrecherische Absicht zu verbergen, zur Ausführung schreitet, so muß

Verwechselung der Sicherung und der Strafe S. dagegen Hepp Versuche S. 51. Eine solche in unsern Tagen immer mehr überhand nehmende Erweiterung des bürgerlichen Strafrechts läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Daß der Baier. Entwurf von 1822. Th. II. Art. 250. Drohungen überhaupt für strafbar erklärt, ist bei dem ganzen Character dieses legislativen Products nicht zu verwundern.

1) Zwischen Vorbereitung und Ausführung giebt es kein Mittelglied. Anmerk. zum Baierisch. Strafgesetzb. Th I. S. 185.

er doch in der Regel irgend eine Handlung vornehmen [1]), um sich erst in den zur Ausführung erforderlichen Zustand zu versetzen, und nur wenige Fälle werden ausnahmsweise vorkommen, wo es einer solchen Vorbereitung nicht bedarf, weil ein schon vorhandener Zustand nur benutzt zu werden brauchte, um sich sogleich in die Ausführung selbst zu versetzen, z. B. bei der Kindesaussetzung, wenn es eines bloßen Verlassens des Kindes bedurfte, oder wenn z. B. der Finder einer Sache dem Eigenthümer die gefundene Sache ableugnet.

§. 106.

Betrachten wir nun die das Verbrechen selbst vorbereitenden Handlungen etwas näher [2]), so lassen sich unterscheiden: 1. Handlungen, welche den Zweck haben, die Entdeckung des beabsichtigten Verbrechens zu verhindern [3]) und dem Thäter die Vortheile der That im Voraus zu sichern, z. B. wenn derselbe schon vor Verübung des Verbrechens darauf bedacht ist, den Beweis des Alibi oder eines andern Gegenindiciums vorzubereiten, oder sich einen Zufluchtsort zu verschaffen; wenn der zum Stehlen Entschlossene eine Gelegenheit zur Verbergung der zu stehlenden Sache oder zur Veräußerung derselben ausmittelt. 2. Handlungen, wodurch sich der Thäter von der Möglichkeit und Sicherheit der Ausführung zu vergewissern oder eine passende Gelegenheit zur Verübung zu erhalten sucht;

1) Vergl. oben §. 33. Rossi Traité, Livr. II. chap. 27.

2) Vergl. Mittermaier im N. Arch. Bd. II. S. 602 ff.

3) Hierzu muß z. B. auch die Verheimlichung oder Verbergung der Schwangerschaft beim Kindesmord gezählt werden und nicht zur Ausführung. Offenbar liegt darin nur eine entferntere Vorbereitung zur That. Als solche betrachtet sie z. B. auch Feuerbach Lehrb. §. 553. bei den Indicien.

z. B. der zum Diebstahl Entschlossene begiebt sich unter irgend einem Vorwande in das Haus, in welches eingebrochen oder gestiegen werden soll, um die Localitäten kennen zu lernen; er zieht Erkundigungen ein über etwaige Abwesenheit, Geschäfte, Schlafzeit der Bewohner und sucht Hindernisse der Ausführung vorläufig zu entfernen, z. B. er vergiftet den Hofhund oder sucht sich eines Wächters zu entledigen. 3. Handlungen, welche in der Anschaffung und Zubereitung der zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Kräfte, Mittel und Werkzeuge bestehen; z. B. Kauf oder Leihen eines Mordwerkzeugs, Anschaffung von Gift, Herbeischaffung von Brechinstrumenten, Leitern, Stricken und Nachschlüsseln zur Verübung eines Diebstahls; Anschaffung von Werkzeugen zu der Fälschung, Fertigung eines falschen Siegels oder Pettschafts, Verfertigung einer Preßmaschine zur Münzfälschung [1]). Es gehört aber auch dazu das Aufsuchen und Anwerben von Genossen und Gehülfen der That und die

1) Es ist offenbar inconsequent, wenn manche Rechtslehrer die Anschaffung und Bereitung eines zur Ausführung nothwendigen Mittels bald zur Vorbereitung zählen, wie z. B. die Anschaffung oder Zubereitung des Giftes, bald zur Ausführung selbst, wie die eben erwähnte Fertigung einer Preßmaschine. Nur die angefangene Anwendung des Mittels kann zur Ausführung gerechnet werden. Vergl. z. B. Bauer Anmerk. zum Hannov. Entwurf Th. I. S. 375. mit Th. II. S. 107. und Pfizer in der Tübinger krit. Zeitschrift 1827. Bd. III. Heft 1. S. 102. Etwas Anderes ist es, wenn die Verfertigung eines Gegenstandes schon unter den gesetzlichen Begriff des Verbrechens fällt, z. B. wenn die P. G. O. Art. 112. und 113. diejenigen bedroht, welche „falsch siegel, brieff, instrument u. s. w. machen oder maß, wag, gewicht u. s. w. fälschen." Wenn aber das Gesetz (P. G. O. Art. 111) sagt, eine Münzfälschung werde begangen, „wann eyner betrieglicher weiß eyns andern zeychen darauff schlecht — wann eyner vnrecht metall darzu setzt", so kann die Fertigung einer Preßmaschine noch nicht zur Ausführung gehören.

Verabredung einer gemeinschaftlichen Ausführung zwischen mehrern Complottanten. Dagegen kann man auch nicht einwenden, daß hierin nur eine Äußerung der verbrecherischen Gesinnung liege und wenn der Entschluß des Einzelnen noch keinen Versuch enthalte, so könne es auch nicht bei dem gemeinschaftlichen Vorsatz der Mitglieder eines Complotts oder einer Verschwörung der Fall seyn. Denn sobald die Mittheilung des Entschlusses verbunden ist mit der Aufforderung zur Theilnahme, oder eine Anstiftung enthält, oder, wie bei den Complottanten, eine gegenseitige Bestimmung zur gemeinschaftlichen Ausführung [1]), so haben wir offenbar schon äußere, die Vorbereitung des Verbrechens bezweckende, oder auf Hervorbringung desselben gerichtete Handlungen, die unter den Begriff des Versuchs (§. 19.) fallen. 4. Handlungen, welche vorgenommen werden, um sich **in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen physischen Zustand zu versetzen**, z. B. wenn sich der zum Diebstahl oder zum Morde Entschlossene mit den Werkzeugen der Verübung an den zur Begehung des Verbrechens gewählten Ort, oder z. B. die Schwangere, welche die nahe Entbindung voraussieht, auf das heimliche Gemach begiebt, um heimlich niederzukommen. Will man solche Hand-

1) Cf. L. 1. §. 1. D. ad L. Jul. maj. (XLVIII. 4.) „cujus opera, dolo malo consilium initum fuerit — quive milites sollicitaverit, concitaveritque —. L. 16. pr. D. de poen. (XLVIII. 19.) Aut facta puniuntur — aut consilia, ut conjurationes, et latronum conscientia: quosque alios suadendo juvisse, sceleris instar est. — L. 1. pr. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) — qui operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur. — L. 1. §. 2. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) Qui puero stuprum — persuaserit. — L. 5. pr. Cod. Ad L. Jul. maj. (IX. 8.) Quisquis cum militibus vel privatis vel barbaris scelestam inierit factionem. Cf. Matthaeus de crim. Proleg. Cap. I. Nr. 7 seqq.

lungen mit Manchen zur Ausführung zählen [1]), so wird eine sichere und durchgreifende Gränzbestimmung zwischen Vorbereitung und Ausführung in der That unmöglich. Denn wo soll dann die Gränze seyn? Soll es schon Ausführung seyn, wenn der Thäter sich angekleidet und die Werkzeuge zur Hand genommen hat, oder muß er schon einige Schritte nach dem Orte der That hin gethan haben?

§. 107.

Zur Ausführung selbst müssen dagegen jedenfalls gerechnet werden 1. Handlungen, welche in der Anwendung der zur Verübung des Verbrechens in Bereitschaft gesetzten Mittel bestehen; z. B. der Dieb steigt auf der angelegten Leiter empor, er beginnt mit der Erbrechung des Behältnisses; der Giftmischer mischt das Gift unter die Speisen, der Mörder legt auf sein Opfer an, und zielt mit dem Gewehre auf dasselbe, der Brandstifter fängt an, Feuer aufzuschlagen u. s. w. 2. Handlungen, welche zur Vollziehung des Verbrechens selbst gehören; z. B. der Mörder stößt nach seinem

1) Selbst Mittermaier im N. Archiv Bd. II. S. 607. und Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 377. und Th. II. S. 106. scheinen den Begriff der Ausführung zu weit auszudehnen und die dagegen gemachten Einwendungen zu rechtfertigen, wenn sie das Hinbegeben an den Ort der That zuweilen (denn in andern Fällen soll darin kein Anfang der Ausführung liegen) zu jener rechnen. Das Hinbegeben an den Ort der That, oder überhaupt die Annäherung an das zu verletzende Object, ist stets als Vorbereitung zu betrachten und dabei ist es im Ganzen einerlei, was es für ein Verbrechen ist, und ob der Verbrecher ein äußerlich erkennbares Mittel der Verübung in Händen hatte oder nicht. Vgl. auch Hepp Versuche S. 302. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht werden können, wenn in der Ortsveränderung selbst schon ein Anfang der Gesetzesübertretung enthalten ist, wie es z. B. bei hochverrätherischen Unternehmungen, Übergang zum Feinde und dergl. der Fall seyn kann.

Opfer, drückt das Gewehr ab, oder nimmt sonst eine Handlung vor, welche den beabsichtigten Erfolg unmittelbar hervorbringen soll; der Brandstifter legt die brennenden Materialien unter die anzuzündende Sache, der Giftmischer reicht die vergiftete Speise oder Arzney zum Genusse hin.

§. 108.

Alle diese theils zur Vorbereitung, theils zur Ausführung gehörenden Handlungen können nach Verschiedenheit des Verbrechens unter den mannichfaltigsten Gestaltungen vorkommen und mit längern oder kürzern Zwischenräumen auf einander folgen. Auch ist wohl zu beachten, daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungshandlungen aufgefaßt worden sind, doch wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Verbrechens den Character von Handlungen der Ausführung erhalten können. Denn sowie sich der Begriff des Versuchs überhaupt nur mit Rücksicht auf den gesetzlichen Begriff des Verbrechens feststellen läßt (§. 15.), so kann auch der Unterschied zwischen Vorbereitung und Ausführung nur mit Beachtung dieses Begriffes auf eine durchgreifende und practisch brauchbare Art und Weise bestimmt werden [1]). Hauptprincip ist daher: *Anfang der Ausführung ist dann vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohten That betrachtet werden kann, wenn also mit der Gesetzesübertretung selbst schon der Anfang gemacht worden ist* [2]).

1) Die Sache erläuternde Beispiele finden sich schon im §. 106. Vergl. auch Motive zum Würtemb. Entwurf S. 44.

2) Vergl. *Bauer*, Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 377. Th. II. S. 106 ff. Bei solchen Verbrechen, deren gesetzlicher Begriff aus mehrern Handlungen *zusammengesetzt* ist, z. B. Diebstahl durch Einbruch, Einsteigen u. s. w., ist daher ohne

Insofern nun eine Gesetzgebung hinsichtlich der Bestrafung des Versuchs Gewicht darauf legt, ob schon ein Anfang der Ausführung gemacht worden sey oder nicht [1]), ist es dann Sache des Richters, dies allgemeine Princip auf die concreten Fälle zur Anwendung zu bringen, wobei er stets den besondern Thatbestand des in Rede stehenden Verbrechens zu berücksichtigen und danach seine Entscheidung zu fassen hat. Daß die Beantwortung der quaestio facti, ob Anfang der Ausführung vorliege oder nicht, in gar manchen Fällen zweifelhaft seyn kann, ist gewiß; allein ist wohl zu erwarten und zu wünschen, daß die Gesetzgebung einen solchen Grad der Vollkommenheit erreichen werde, daß dem Richter nur das mechanische und geisttödtende Geschäft übrig bliebe, die Thatfrage in eine Gesetzesform hineinzupassen, so daß er nur ein Paar gesunder Augen und Ohren zur Verrichtung des Geschäftes der Rechtsprechung bedürfte; — oder ist es nicht vielmehr wegen der Vielgestaltigkeit der Fälle, welche kein Gesetzgeber im Voraus be-

Zweifel Anfang der Ausführung vorhanden, wenn mit einer zum Begriff des Verbrechens gehörigen Handlung der Anfang gemacht ist. Vergl. v. Seckendorf im N. Archiv Bd. II. S. 348 ff. Nur ist wohl zu beachten, ob nicht ein gewisser Theil des Thatbestandes nur eine nicht zur verbrecherischen Handlung selbst gehörige Voraussetzung ist, z. B. wenn das Gesetz Verheimlichung der Schwangerschaft zum Kindesmord verlangt. Hier kann offenbar noch von keinem Anfang der Ausführung die Rede seyn.

1) Entweder weil sie die absolute Strafbarkeit davon abhängig macht, wie z. B. der Code pénal Art. 2., oder die relative danach bestimmt, indem sie vielleicht zwischen nahem und entferntem Versuche unterscheidet und jenen durch Anfang der Ausführung bezeichnet. Dies ist z. B. wenigstens im Ganzen der Sinn der Unterscheidung zwischen nächstem und entferntem Versuche im Baier. Strafgesetzb. Art. 60. 62. Vergl. insbesondere die Anmerk. dazu Th. I. S. 184 ff. und Oersted Prüf. des Baier. Entw. von 1822. S. 150.

rechnen und bestimmen kann, nur zum Ärger armseliger Stümper und abstracter Naturphilosophen, eine ganz allgemeine Erfahrung, daß die stets in veränderter Gestalt erscheinende Thatfrage hinsichtlich ihrer Subsumtion unter das Gesetz gar oft Zweifeln Raum giebt und nur vermöge einer verständigen, die individuellen Verhältnisse berücksichtigenden Reflexion erfolgen kann?! „Mais les difficultés de détail, sagt der geistreiche Rossi, ne peuvent pas faire révoquer en doute un principe. Les préparatifs et le commencement d'exécution sont choses differentes de leur nature."

§. 109.

Versuchen wir es nun die Frage über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen zunächst aus allgemeinen Rechtsprincipien zu beantworten! Auch hier wird sich unverkennbar der Einfluß der verschiedenen Strafrechtstheorien offenbaren müssen, namentlich ob man das Strafrecht des Staats mehr auf die sittliche Verschuldung oder die angerichtete materielle Rechtsverletzung stützt, ob man die Strafe als eine Aufhebung oder Erstattung des intellectuellen Schadens betrachtet oder als ein Verhütungsmittel künftiger Beleidigung u. s. w. auffaßt. So wird z. B. bei einer materiellen Wiedervergeltung von keiner Strafe die Rede seyn können, während der Präventionist consequenter Weise jede Äußerung der verbrecherischen Neigung strafen muß und der Vertheidiger einer psychologischen Zwangsanstalt im Staate wenigstens die Möglichkeit der psychischen Einwirkung durch das Strafgesetz wird deduciren können, wenn gleich daraus noch kein Recht und keine Pflicht des Staates folgt, auch bloße Vorbereitungshandlungen zu strafen. Macht man aber den Staat zu einem großen Besserungshause, so leidet es keinen Zweifel, daß derjenige, welcher das Verbrechen vorbereitet hat, schon einer Besserung bedarf, wenn er nicht freiwillig vom Versuche abgestanden ist. Doch dies

mag genügen, um zu zeigen, wie übel der Richter auch in diesem Falle berathen seyn würde, wenn man ihn an das philosophische Criminalrecht als ergänzende Quelle verweisen wollte, und dies um so mehr, als zwei verschiedene Köpfe bei ihren Schlußfolgerungen aus einer bestimmten Strafrechtstheorie oft zu ganz entgegengesetzten Resultaten gelangen werden, was z. B. bei der s. g. Erstattungstheorie sehr leicht der Fall seyn kann.

§. 110.

Offenbar hat man der Sache von Anfang an eine verkehrte Richtung gegeben, wenn man die Nachweisung verlangte, daß bloße Vorbereitungshandlungen nicht strafbar seyen. Dadurch behauptet man nämlich, daß sich die Strafbarkeit des Versuchs überhaupt von selbst verstehe, was durchaus unrichtig ist (vergl. §. 49 ff.), und wenn man auch zugiebt, daß der Staat berechtigt sey, Versuchshandlungen wegen ihrer Gefährlichkeit für den rechtlichen Zustand zu strafen, so darf doch die Frage, wie weit sein Recht in dieser Hinsicht gehe, wieder als Gegenstand eines besondern Beweissatzes betrachtet werden. Abstrahiren wir indeß von dieser Vertheilung der Beweislast, und übernehmen wir freiwillig den Beweis der Negative, so ist zunächst soviel klar, daß dabei von den allgemeinen Grundsätzen über bürgerliche Strafbarkeit überhaupt ausgegangen werden muß. Denken wir uns nun einen durch Strafgesetze geschützten Rechtszustand und werfen wir dann die Frage auf, inwiefern der Gesetzgeber berechtigt sey, auch den Versuch mit Strafe zu belegen, (denn der Richter darf ja einer Seits ohne gesetzliche Ermächtigung nie strafen und hat sich anderer Seits nicht um die Richtigkeit der Ansicht des Gesetzgebers zu bekümmern,) so wird der verständige Gesetzgeber zwar leicht zu der Überzeugung gelangen, daß die Sicherung des rechtlichen Zustandes im Staate

auch dann Strafe erheische, wenn Jemand, ohne die That vollenden zu können, mit der Übertretung des Gesetzes begonnen habe, daß aber ein solches Beginnen nothwendig vorliegen müsse, wenn von einer Strafe solle gesprochen werden können. Denn nur äußere Handlungen sind Gegenstand des bürgerlichen Strafrechts, und diese wieder nur insofern, als sie eine äußerlich erkennbare gesetzwidrige Beschaffenheit haben. Sobald der Gesetzgeber dieses Princip verläßt und Handlungen bestraft, welche an sich erlaubt sind, das Verbrechen an und für sich nicht hervorbringen können und das durch die Strafdrohung zu schützende Recht in der That gar nicht objectiv gefährden, was nur von der begonnenen Haupthandlung gesagt werden kann, so straft er in der That nicht die Handlung, welche vernünftiger Weise nicht gestraft werden kann, sondern lediglich die böse Absicht. Er verwischt dadurch jede Gränze des bürgerlichen Strafrechts und muß consequenter Weise auch den verbrecherischen Entschluß in allen Fällen bestrafen, wo er durch Geständniß oder durch Drohung äußere Erkennbarkeit erlangt hat [1]). Will der Gesetzgeber Handlungen, welche an sich erlaubte sind, wodurch das Gesetz selbst noch gar nicht verletzt oder übertreten wird, bestrafen, so vergißt er, daß,

1) Vgl. hauptsächlich Mittermaier, welchem das große Verdienst gebührt, zuerst diese Frage in der gemeinrechtlichen Theorie angeregt und gründlich erörtert zu haben. N. Archiv Bd. I. S. 168. 169. Bd. II. S. 604 f. Bd. IV. S. 20 f. Bd. X. S. 549. Ihm folgte Bauer in den Anmerk. zum Hannov. Entwurf Th. I. S. 374 ff. Eine gute Ausführung liefert auch Lelièvre de conatu delinq. p. 275 seqq. und vorzüglich Rossi, Traité de droit pénal. Livr. II. chap. 27. — Vergl. auch Brouwer de conat. criminum. Lugd. 1826. p. 36. und Wintgens, de conat. delinq. Groning. 1822. p. 82. S. auch eine lobenswerthe Ausführung eines ungenannten Defensors in Bischoffs merkwürdigen Crim. Rechtsfällen Bd. II. S. 366 – 370.

wenn auch mit solchen Handlungen eine böse Absicht verbunden war, selbst das Geständniß des Verbrechers (denn aus der Handlung selbst läßt sich ja gar nichts entnehmen) keinen Beweis liefert, daß der Handelnde den festen Willen, Kraft und Muth gehabt habe, um die wirkliche Ausführung, zu welcher ein neuer Entschluß erforderlich ist, auch nur zu beginnen. Vorbereitende Handlungen sind auch der Zeit nach von der Ausführung entfernt, der Verbrecher muß sich erst noch in den, eine wirkliche Übertretung des Gesetzes enthaltenden Zustand versetzen [1]), sein Wille kann sich noch ändern und das Gesetz seine verhütende Kraft noch ausüben. Anders verhält sich dagegen die Sache, wenn schon wenigstens ein Anfang der Ausführung gemacht wurde. Dann giebt der Verbrecher deutlich zu erkennen, daß sein Wille erstarkt und befestigt war, und wenn er auch nun noch aus Reue die Vollendung unterläßt, was indeß höchst selten der Fall seyn wird, weil bei einmal begonnener Ausführung die Leidenschaft und die sinnliche Begierde den Menschen fast unaufhaltsam

1) Wenn Hepp in den Versuchen S. 362, wo die Straflosigkeit des s. g. conatus remotus bekämpft wird, gegen Mittermaier bemerkt: Habe der Verbrecher die Mittel vorbereitet, so brauche er sich nicht erst in die Lage zu versetzen, in welcher nur noch die Benutzung der vorbereitenden Mittel zur Haupthandlung gehöre, weil er — sich schon darin befinde, so liegt darin nur eine Warnung, daß man bei der Wahl des Ausdrucks vorsichtig seyn müsse, um nicht den Gegnern aus diesem entlehnte Gegenargumente in die Hand zu geben, und Hepp muß, wenn er auf diesen Grund Gewicht legen will, z. B. auch denjenigen wegen versuchten Mordes strafen, welcher im Besitz von einem geladenen Gewehr oder von Mäusepulver den Entschluß faßt, Jemanden todt zu schießen oder zu vergiften, weil die Möglichkeit des unmittelbaren Gebrauchs des gewählten Mittels schon vorhanden ist. Vergl. dagegen Hepp a. a. O. S. 302. und oben §. 47.

fortreißt, so fällt ihm doch schon eine durch Willensänderung nicht ungeschehen zu machende Gesetzesübertretung oder etwas objectiv, nicht blos subjectiv Verbrecherisches zur Last [1]).

§. 111.

Allein nicht blos vermöge consequenter Folgerung aus den Grundprincipien des bürgerlichen Strafrechts, sondern auch aus Gründen der Criminal-Politik muß die Straflosigkeit bloßer Vorbereitnngshandlungen vertheidigt werden. Zwar wollen wir nicht den von Gönner [2]) zur Rechtfertigung des in dem Baierischen Entwurf von 1822 Art. 46. aufgestellten Begriffs des strafbaren Versuchs angeführten Grund benutzen, daß das Merkmal „Anfang der Ausführung" den Vortheil gewähre, „alle Grade des Versuchs, welche sich oft in den feinsten Linien berühren, die Untersuchungen erschweren und verzögern, und eine Qual für die Gerichte werden, in der Gesetzgebung selbst, entbehrlich zu machen", weil dieser Grund in doppelter Beziehung auf einem leicht erweislichen Irrthum beruht [3]); dagegen müssen wir gewiß anerkennen, daß die Strafbarkeit bloßer Vorbereitungshandlung insofern ein großes politisches Bedenken gegen sich hat, als dann die gleichgül-

1) Vgl. Lelièvre de con. delinq. p. 286. und vorzüglich Rossi, Traité de droit pénal. Livr. II. chap. 28. S. auch meine Übersicht der Verhandlungen über den Hannoverschen Criminal-Gesetzentwurf im Archiv des Criminalrechts. J. 1835. S. 450.

2) In der Vorrede zum Baier. Entw. von 1822. S. VII. VIII.

3) S. dagegen Oerstedt, ausführl. Prüfung des Baier. Entw. S. 150 f. Denn die Frage, ob ein blos vorbereitender oder Anfang der Ausführung enthaltender Versuch vorliege, kann gar manchem Richter einige Qual verursachen und der s. g. nahe oder einen Anfang der Ausführung enthaltende Versuch hat ja wieder seine Grade, die der Gesetzgeber nicht ganz ignoriren kann. Vergl. vorläufig Mittermaier im N. Archiv Bd. I. S. 20 f. und Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 387 ff.

tigsten und unschuldigsten Handlungen unter dem Vorwande, daß sie verbrecherische Versuchshandlungen seyen, zur Verhängung eines Criminal-Processes genügen würden [1]). Der Richter würde gegen Jeden, der in eine Apotheke tritt und Gift fordert, gegen Jeden, der sich ein Gewehr kauft oder Leitern und Stricke angeschafft hat, zu inquiriren berechtigt seyn, ob dies nicht in der Absicht geschehen sey, ein Verbrechen zu verüben, und in Tausend andern Fällen auf eine empörende Weise in das Leben der Bürger eingreifen können. Wer freilich den Staat für ein Sittlichkeit erzwingendes Zuchthaus hält und gewissermaßen bedauert, daß nicht jeder Mensch einen seine Gedanken wiedergebenden und festhaltenden Spiegel auf der Brust hat, um jeden unsittlichen Gedanken erkennbar zu machen und demgemäß strafen zu können, der wird auch Gefallen daran finden, jedes mögliche Indizium des verbrecherischen Willens für strafbaren Versuch zu erklären. Hoffentlich werden aber solche Principien nie positive Anerkennung finden! — Hierzu kömmt noch folgende Erwägung. Die allgemeine Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen wird nur die üble Folge haben, daß die Verbrecher die Vorbereitungen desto sorgfältiger verhüllen und um so schneller zur Erreichung des Ziels fortgerissen werden; und da ein uud dasselbe Mittel oft zur Verübung ganz verschiedenartiger Verbrechen benutzt werden kann, so wird man in den meisten Fällen gar nicht wissen, ob der Versuch des einen oder des andern Verbrechens anzunehmen sey [2]). Der Kauf einer Pistole kann als Versuch der

1) Cf. Lelièvre l. c. p. 279. Rossi Traité, Livr. II. chap. 27.

2) Mittermaier im N. Arch. II. S. 609. Wenn Jenull, Östreich. Criminalr. Bd. I. S. 417 ff. dagegen bemerkt, daß man bei dieser Einwendung die äußere Handlung ganz isolirt betrachte und sie von dem bösen Vorsatze, welcher doch wesentlich zum Begriff des Versuchs gehöre, auf eine unzulässige Weise ab-

Tödtung, der Körperverletzung, des bewaffneten Diebstahls oder des Raubes und die Anschaffung einer Leiter als Conat des Diebstahls, der Entführung und mancher andern Verbrechen betrachtet werden [1]).

§. 112.

Was man von verschiedenen Seiten gegen die Straflosigkeit aller Vorbereitungs-Acte eingewendet hat [2]), läßt sich auf zwei Hauptgründe reduciren, nämlich: 1. es sey gefährlich für den rechtlichen Zustand Straflosigkeit anzunehmen und 2. die Unterscheidung zwischen Anfang der Ausführung und Vorbereitung sey unbrauchbar, weil sie in der Anwendung auf concrete Fälle zu unauflöslichen Zweifeln führe. — Man hat nämlich ad 1. gesagt: „Jedes Bestreben, welches auf die Erreichung eines Zweckes ausgehe, dem das Strafgesetz zuvorkommen wolle, enthalte schon eine Verletzung des Gesetzes, und die bürgerliche Sicherheit fordere, daß jeglicher Schritt der Art den Schuldigen der Gefahr aussetze, bestraft zu werden [3])". „Es müsse das Gefühl der Bürger empören, wenn Vorbereitungen zu schweren Verbrechen ungestraft blieben, und

sondere, so vergißt er, daß ja eben nur von den bei Weitem häufigsten Fällen die Rede ist, wo wir über das Daseyn und die Beschaffenheit eines verbrecherischen Vorsatzes keine weitere Kunde haben.

1) Vergl. auch noch die Motive zum Würtemberg. Entw. v. 1835. S. 42. 43. woselbst die hier dargelegten Gründe gegen die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen meistens anerkannt werden.

2) Die Veranlassung zu Ausführungen der entgegenstehenden Ansicht gab insbesondere der Art. 46. des Baierischen Entw. v. 1822. — Gegen Mittermaiers Gründe ist insbesondere die, das gemeine Recht vorzüglich berücksichtigende, Ausführung von Jordan de nonnullis controversiis etc. p. 10 — 20 gerichtet.

3) Oersted Prüfung des Baier. Entwurfs S. 153. 154. — Hepp Versuche S. 363.

der gemeine Mann, welcher jede strafbare Handlung blos nach allgemeinen und oft nur dunkeln Umrissen betrachten könne, werde leicht verleitet, an der Gleichheit vor dem Gesetze und an der Unpartheilichkeit des Richteramtes zu zweifeln, wenn er zwei, bei dem allgemeinen Anblick im Wesentlichen sich gleich scheinende Fälle, ganz verschiedenartig beurtheilt, den einen Angeklagten freigesprochen und den andern bestraft sehe" [1]). Allein, wie schon gezeigt wurde, ist es unrichtig, daß in jeder Vorbereitung eine Übertretung des Gesetzes liege, und die bloße Gefährlichkeit einer Handlung giebt dem Staate noch kein Strafrecht, so lange nicht wirklich in der Handlung selbst ihrer äußern Beschaffenheit nach ein wenigstens begonnener Eingriff in den rechtlichen Zustand enthalten ist. Nur auf diese Weise kann Sicherungsrecht und Strafrecht, wovon jenes in das Gebiet der Polizei fällt, von einander geschieden werden, außerdem fehlt es an jeder Gränze, und man muß consequenter Weise auch den bösen Willen als solchen strafen, weil auch dieser schon gefährlich genannt werden kann [2]). Sichern mag der Staat sich und den Bedroh-

1) J. Fr. Binder, Bemerkungen zum Entwurf des Strafgesetzb. von 1822. S. 38. 39.

2) Bemerkenswerth ist, was Cucumus im N. Archiv Bd. X. S. 205 ff. über die Begränzung der polizeilichen und criminalrechtlichen Behandlung des Versuchs sagt, sowie auch über die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung überhaupt, (ebendaselbst S. 66.) worauf schon oben Kap. 1. hätte aufmerksam gemacht werden können. Nur geht er zu weit, wenn er behauptet, daß der Versuch eines Verbrechens überhaupt nicht criminell strafbar seyn könne, wenigstens nicht bei denjenigen Verbrechen, welche, wie er sagt, auf der psychologischen Gewalt beruhen. Diese Unterscheidung zwischen Verbrechen, welche durch physische, und solchen, welche durch psychologische Gewalt begangen werden, läßt sich überhaupt nicht durchführen, oder würde wenigstens in eine große Künstelei übergehen. Dagegen stimmen wir ganz mit

ten gegen jeden erkennbar gewordenen bösen Willen, allein strafen kann und darf er nur da, wo die allgemeinen Bedingungen des bürgerlichen Strafrechts eintreten! Und ist denn vielleicht die Gränze zwischen der nuda cogitatio und einer als Vorbereitung zu betrachtenden äußern Handluug so scharf begränzbar, daß gar kein Zweifel darüber entstehen könnte, ob die Handluug in das eine oder andere Gebiet gehöre? Wir haben freilich gesehen, daß im Allgemeinen nur dann von einem Versuche geredet werden könne, wenn die Handlung wenigstens entfernt auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtet war. Allein dieses Merkmal paßt auf unendlich viele Handlungen, bei welchen auch die strengsten Gegner zweifeln werden, ob man in solchen Fällen strafen könne. Soll derjenige, welcher erst das mittelbare Mittel zur Verübung des Verbrechens sich anschafft, z. B. Geld, um irgend ein Werkzeug oder ein zur Verübung des Verbrechens unmittelbar nothwendiges Mittel in seine Gewalt zu bringen; soll derjenige, welcher eingesteht, Geld zu sich gesteckt zu haben, um Gift zu kaufen, oder schon auf dem Wege nach der Apotheke gewesen zu seyn; soll derjenige, welcher sich in den Wald begab, um giftige Kräuter zu sammeln und sie dann zuzubereiten, oder derjenige, welcher in hochverrätherischer Absicht nach einem andern Orte geht, um daselbst eine das Verbrechen vorbereitende Handlung vorzunehmen, soll in allen diesen Fällen schon Strafbarkeit angenommen werden, und wo liegt der Grund [1]) für die Verneinung die-

Cucumus (wenn auch aus einem ganz andern Grunde) überein, wenn er S. 210. behauptet, daß nur Mehreres davon, was man nächsten Versuch zu nennen pflege, in den Begriff des criminell strafbaren Versuchs falle, ja aber nicht blos das s. g. delictum perfectum.

1) Jarcke a. a. O. S. 150. meint zwar, daß Jemand Geld zu sich stecke, ausgehe und in die Apotheke trete, seyen unverfängliche

ser Fragen, wenn man Jeden für strafbar hält, der auf die Erreichung eines verbrecherischen Zweckes ausgegangen ist?! Der gemeine Mann, dem die außerordentlich feinen Nüancen, die hier vorkommen können, und die Gränze zwischen der nuda cogitatio und dem s. g. entfernten Versuche [1]) noch weniger einleuchten werden, wird dann auch nicht begreifen können, warum zwei beim allgemeinen Anblick im Wesentlichen sich gleich scheinende Fälle eine ganz verschiedene rechtliche Beurtheilung erfahren. — Auch ist es sehr bemerkenswerth, daß manche Vertheidiger der Strafbarkeit des s. g. conatus remotus [2]) doch am Ende anerkennen, daß Cautionsmittel zweckmäßiger als Strafe seyn würden, und nur darum Strafe für nöthig halten, weil der Arme keine Geldsumme erlegen könne. Als ob es nicht auch Cautionsmittel gegen Arme gäbe!

§. 113.

Was aber ad 2. die Ausführbarkeit unserer Unterscheidung und ihre practische Brauchbarkeit betrifft, so hat man diese aus dem Grunde geläugnet, weil sich nicht allgemein angeben lasse, was zum Anfang der Ausführung

Handlungen, welche selten oder nie zur Cognition des Richters kommen würden, und wenn ein Bekenntniß des bösen Willens erfolge, so liege darin ein Abstehen von der Ausführung der That, welches den Gestehenden straffrei mache; allein wie, wenn nun, was doch leicht möglich ist, das Gegentheil von diesem Allen eintritt??

1) Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 549. — Wird wohl, um noch ein anderes Beispiel anzuführen, der gemeine Mann den oft sehr feinen Unterschied zwischen s. g. culpa dolo determinata und unbestimmtem Vorsatz begreifen können, wovon doch, wenigstens gemeinrechtlich, oft Urtheil über Leben und Tod abhängig ist?!

2) z. B. Hepp a. a. O. S. 363.

gehöre [1]). Allerdings glauben wir, daß die Gesetzgebung ein solches allgemeines Merkmal aufstellen müsse, weil sonst der individuellen Ansicht des Richters zu viel überlassen bleiben würde [2]). Daß aber wirklich ein solches allgemeines

1) Binder a. a. O. S. 37. M. L. Wellmer Bemerk. über den Entwurf des Baier. Strafgesetzb. Nürnb. 1825. S. 28 ff.

2) A. M. ist Bauer in den Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 377. Th. II. S. 106. Vergl. auch Motive zum Würtemberg. Entw. von 1835. S. 44. S. dagegen Lelièvre de conat. delinq. p. 332 — 342. Am gefährlichsten ist es da, wo, wie z. B. nach dem Code pénal, der strafbare Versuch dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt ist, ohne Definition des Anfangs der Ausführung, dem Ausspruch der Richter Alles zu überlassen. Da diese nun nur zwischen der Strafe des vollendeten Verbrechens und gänzlicher Straflosigkeit zu wählen haben, so sind sie in steter Furcht, entweder zu milde oder zu streng zu seyn, so werden sie, wenn vielleicht Anfang der Ausführung vorliegt, die darauf gestellte Frage verneinen, um nicht Mitschuldige an der Ungerechtigkeit des Gesetzes zu werden, umgekehrt aber bei einem recht groben und öffentliche Indignation erregenden Verbrechen initium executionis annehme, ohne daß ein solches wirklich vorliegt, um nicht freizusprechen. Schlimm ist es jedenfalls, wenn, wie es oft geschehen kann, Tod und Straflosigkeit dem Ermessen des Richters überlassen werden! So wird der wirkliche Schuldige oft der Strafe entgehen, weil sich die Richter scheuen, ihn der furchtbaren Strenge des Gesetzes zu unterwerfen, wie es bei allen zu harten Strafgesetzen geht. L'atrocité des lois en empêche l'exécution; lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préferer l'impunité. Montesquieu, Esprit des lois Livre VI. chap. 13. Die Folge davon ist dann, daß ganz verschiedene Entscheidungen erfolgen. Beispiele bei Lelièvre l. c. p. 213. Schwierigkeit machen auch diejenigen Fälle, wo das Gesetz eine Handlung, welche an sich blos Vorbereitungshandlung zu einem andern Verbrechen ist, als ein besonderes Verbrechen bedroht, z. B. die Verfertigung von Diebsschlüsseln Code pénal Art. 399. Die Subornatio testium nach Art. 365. Consequenter Weise müßte auch hierbei die Disposition des Art. 2. zur Anwendung kommen. Doch soll sich der Gerichtsgebrauch

Merkmal gegeben werden könne, glauben wir oben (§. 107. 108.) schon hinreichend dargethan zu haben, und es muß in der That auffallend seyn, wenn dieselben Schriftsteller, welche sich so sehr gegen die gemachte Unterscheidung sträuben, doch die relative Strafbarkeit von dem Unterschied zwischen nahem und entferntem Versuche abhängig machen, obgleich consequenter Weise auch diese als practisch unbrauchbar verworfen werden müßte, weil der Richter ebenfalls nicht selten in Zweifel seyn wird, ob er eine Handlung als nahen oder entfernten Versuch betrachten soll, und die Einwendung, daß doch dann nicht die Entscheidung der Frage davon abhänge, ob Jemand überhaupt gestraft werden könne [1]), ist insofern irrelevant, als in beiden Fällen die Möglichkeit, daß der Angeklagte ein unverdientes Übel erleide, dieselbe bleibt. — Wenn man aber endlich noch gesagt hat [2]), die Unterscheidung sey auf diejenigen Fälle unanwendbar, in denen gar keine äußerliche Handlung zur Vollendung oder zum Anfange des Verbrechens erforderlich sey, sondern dieses durch bloßen Willen und Unterlassung jedes Handelns eintrete, so braucht zur Widerlegung dieser mancherlei Unrichtiges enthaltenden Behauptung nur auf Dasjenige verwiesen zu werden, was oben (§. 42.) über Versuch von Unterlassungsverbrechen überhaupt ausgeführt worden ist, bei welchen, wenn sie überhaupt einen Versuch zulassen [3]), auch von

dagegen entschieden haben, weil der Art. 2. nur von solchen Verbrechen zu verstehen sey, welche Verletzungen eines bestimmten Rechts sind. Lelièvre l. c. p. 217. 218. Merlin, Repertoire s. v. tentative. — Über die Frage, ob Rescission eines Urtheils möglich sey, weil die Geschwornen Anfang der Ausführung irrthümlich angenommen haben, s. Lelièvre l. c. p. 210 seqq.

1) Oersted, Prüf. des Baier. Entw. S. 151.

2) Wellmer a. a. O. S. 67.

3) Vergl. Jenull, das Östreichische Criminalr. Bd. I. S. 193. Note b. und S. 198.

einem Anfang der Ausführung gesprochen werden kann, und es wird z. B. Niemand bezweifeln, daß diejenige Mutter, welche ihr Kind verhungern lassen will, wegen Versuchs mit Anfang der Ausführung bestraft werden könne, sobald sie dem Kinde zu einer Zeit, wo es hätte geschehen müssen, keine Nahrung gereicht hat.

§. 114.

Noch entsteht aber die Frage, ob nicht der Gesetzgeber, wenn er auch die bisher erörterte Regel über die Strafbarkeit des Versuchs aufstellt, ausnahmsweise auch Handlungen, die nur Vorbereitung sind, mit Strafe bedrohen könne und solle? Bejaht wird diese Frage von Mittermaier[1]) z. B. bei Staatsverbrechen, von Lelièvre, welcher propter rei infamiam et laesam exinde communem legis poenalis fiduciam Ausnahmen zuläßt[2]), und von Rossi[3]), welcher drei Ausnahmen aufstellt, nämlich 1. bei gewissen Handlungen, die er des moyens occasionels de crimes nennt, z. B. bei Waffentragen, bei Vagabondage, Bettelei; 2. bei gewissen unzweideutigen Vorbereitungsacten von Verbrechen, welche der Legislator in gewisser Hinsicht schon als Anfangsacte aufzustellen Gründe hat, z. B. bei Verfälschung von Münzen; 3. bei Verschwörungen. Auch wir glauben, daß der Gesetzgeber in einzelnen Fällen, wegen der besondern Gefährlichkeit der Handlung für den rechtlichen Zustand, Handlungen, die im Allgemeinen nur Vorbereitungshandlungen sind, mit Strafe bedrohen könne, und rechnen dahin: 1. das auf Hochverrath, Mord, Raub,

1) Im N. Archiv Bd. X. S. 549.

2) Lelièvre de conat. delinq. p. 279 — 285. Dazu rechnet er z. B. Verfertigung falscher Schlüssel.

3) Traité de droit pénal. Livr. II. chap. 27. Vergl. N. Archiv XI. S. 538. Daß die s. g. moyens occasionels de crimes eigentlich gar nicht hierher gehören, erkennt Rossi selbst an.

Brandstiftung und ausgezeichneten Diebstahl gerichtete Complott; 2. die Anstiftung zu diesen Verbrechen; 3. das bewaffnete Auflauern in einer auf Tödtung oder Verletzung der Person gerichteten Absicht; 4. das Einschleichen, Einbrechen und Einsteigen in fremde Wohnungen in einer auf Tödtung oder Vergewaltigung einer Person gerichteten Absicht [1]; 5. die vorsätzlich veranstaltete hülflose Niederkunft beim Kindesmord und etwa noch die Verfertigung einer Preßmaschine bei der Münzfälschung. In allen diesen Fällen wird auch die Handlung schon äußerlich das erkennbare Gepräge der verbrecherischen Absicht an sich tragen, und von den, gegen die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen erhobenen Bedenken nicht leicht getroffen werden.

§. 115

Fragen wir nun aber nach den Bestimmungen der positiven Rechte und zwar zunächst A. des gemeinen Rechts, so kann, was 1. das Römische Recht [2] betrifft, da dasselbe keine allgemeine Regel über die Strafbarkeit des Versuchs enthält, nur danach gefragt werden, ob dasselbe in einzelnen Fällen Handlungen strafe, welche als bloße Vorbereitung des beabsichtigten Verbrechens aufgefaßt werden müssen? Jedenfalls ist es aber unzulässig, die L. 225. D. de V. S. [3] als einen Beleg anzuführen, daß das Römische Recht, wie aus den Worten „assumpto actu", oder „cum aliquo actu" hervorgehe, jede Manifestation des verbrecherischen Willens als etwas Strafwürdiges betrachte [4]. Denn der ganze Zusammenhang der Stelle, worin erklärt

1) Wo das Einsteigen, Einbrechen u. s. w. zum Thatbestande des Verbrechens gehört, fällt es schon ohnedies unter den Begriff der Ausführung.

2) Mittermaier im N. Arch. Bd. II. S. 610 ff.

3) S. oben §. 99.

4) So Jarcke in Hitzigs Zeitschr. Heft V. S. 148.

werden soll, was man unter einem fugitivus zu verstehen habe, insbesondere aber die Worte zu Anfang derselben „Fugitivus — est is — — qui ipso facto fugae initium mente deduxerit" zeigen deutlich, daß dabei an eine schon begonnene Flucht gedacht wird [1]). In manchen Fällen sind allerdings bloße Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht, was aber auf diejenigen Verbrechen beschränkt werden muß, bei welchen die Gesetze davon reden, z. B. das bewaffnete Auflauern in mörderischer Absicht [2]), die Anstiftung durch bösen Rath, Befehl und Auftrag an und für sich, während in andern Fällen der Anstifter nur dann bestraft wird, wenn das Delict vollendet wurde [3]), hochverrätherische Verschwörungen, Complotte gegen das Leben eines Andern [4]) und um die Verurtheilung eines Angeklagten zu bewirken [5]); der Ankauf, Verkauf, die Zubereitung und der Besitz von Gift

1) über Flucht aus dem Gefängnisse L. 1. pr. D. de effractor. (XLVII. 18.) De his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium, Divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, sive effractis foribus, sive conspiratione cum caeteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos. Hält man bei uns die Selbstbefreiung eines Gefangenen für strafbar, so kann doch das angefangene Durchbrechen stets nur Vorbereitung genannt werden. Aus der L. 225. D. de V. S. muß auch erklärt werden die L. 3. §. 11. D. de re milit. (XLIX. 16.), welche denjenigen, qui volens transfugere apprehensus, mit dem Tode bedroht.

2) L. 1. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) Si quis hominis necandi causa cum telo ambulaverit.

3) S. oben §. 81. Note 5. und vergl. L. 3. §. 8. D. de incendio (XLVII. 9.)

4) Vergl. jedoch Cicero pro Cluentio c. 54.

5) L. 1. pr. L. 3. §. 4. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) L. 1. D. ad L. Jul. maj. (XLVIII. 4.) L. 5. Cod. eod. (IX. 8.)

in mörderischer Absicht [1]), das Aufsammeln von Waffenvorräthen und das bewaffnete Erscheinen in öffentlicher Versammlung [2]). — Eine allgemeine Regel läßt sich aus diesen einzelnen Bestimmungen des Römischen Rechts um so weniger bilden, als man nicht sagen kann, daß diese Handlungen im Römischen Recht als Versuche gewisser Verbrechen bestraft worden seyen [3]).

§. 116.

2. Das Canonische Recht wiederholt, wie wir schon gesehen haben [4]), theils die Bestimmungen des Römischen Rechts, theils enthält es Aussprüche, welche nur die bei sündhaftem Begehren nothwendige kirchliche Buße bezielen und auf die bürgerliche Strafbarkeit keine Bezie-

1) L. 1. §. 1. L. 3. pr. §. 1. D. ad L. Corn. de sicar. Praeterea tenetur qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit. — Ejusdem legis Corneliae de sic. et venef. capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit, plectitur. L. 1. in fin. D. ad L. Pomp. de parr. (XLVIII. 9.) Et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare. Daß aus den letzten Worten folge, es müsse schon die Anwendung des Giftes versucht, aber mißglückt seyn, wie Mittermaier im N. Archiv II. S. 613. annimmt, läßt sich bei Vergleichung mit den Dispositionen der Lex Cornelia schwerlich rechtfertigen. S. Jordan, de nonnull. controvers. p. 16. — Auch Cicero's Darstellung in der Rede pro Cluentio c. 54. ist wohl dagegen. Vergl. übrigens oben §. 68. — Dagegen kann die Erklärung der L. 6. pr. Cod. de his, qui ad eccles. confug., wonach darin von solchen Personen die Rede ist, welche zwar noch nicht Gewalt brauchten, aber doch die Herausgabe eines Menschen mit Geschrei verlangen, daher schon in actu delicti sind, wohl gebilligt werden. S. Mittermaier a. a. O.

2) L. 1. L. 3. §. 1. D. ad L. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.)

3) Vergl. die Ausführung über das Römische Recht §. 64 ff.

4) Vergl. oben §. 92. s. auch can. 1. 2. 3. Caus. XXXVI. qu. 2.

hung zulassen. Eine allgemeine Regel über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen läßt sich jedoch auch aus dieser Gesetzgebung schwerlich ableiten [1], während sich anderer Seits nicht läugnen läßt, daß in einzelnen Fällen Handlungen, welche wir zu den Vorbereitungshandlungen zählten, namentlich die Anstiftung zu schweren Verbrechen, für strafbar erklärt werden [2].

§. 117.

3. Was die peinliche Gerichtsordnung betrifft, so findet schon Mittermaier [3]) theils in dem, der P. G. O. zu Grunde liegenden, hauptsächlich den objectiven Maaßstab berücksichtigenden Principe, theils in den Worten des Art. 178., welcher „scheinliche Werke die zur Vollbringung der Missethat dienstlich seyn mögen" zur Strafbarkeit des Versuchs verlangt, und darin, daß sie entferntere Vorbereitungshandlungen, z. B. den Giftkauf, blos als Indicien betrachtend [4]), Versuch und Vollendung blos nach

1) S. jedoch Mittermaier im N. Archiv Bd. II. S. 614. 615.

2) Clem. 1. de poenis (V. 8.) Si quis suadente diabolo in hoc sacrilegii genus proruperit, quod quemvis Pontificem injuriose vel temere percusserit, aut ceperit, seu banniverit, vel haec mandaverit, aut facta ab aliis ratihabuerit, vel socius in his fuerit facientis, aut consilium in his dederit, aut favorem, seu scienter defensaverit eundem, — sit hujus nostrae constitutionis auctoritate — anathematis mucrone percussus. Doch lassen diese und andere Stellen des Canon. Rechts, z. B. in Tit. X. de homicid. (V. 12.), immer noch zweifeln, ob z. B. der mandator caedis auch dann gestraft werden solle, wenn der Thäter gar nicht zur Ausführung gekommen ist, und soviel ist gewiß, daß die dem Germanischen Grundprincip entsprechende vorzügliche Berücksichtigung des objectiven Maaßstabes sehr in die Augen springend ist. S. jedoch oben S. 169. Note 4.

3) N. Archiv Bd. II. S. 615. Vergl. ebendaselbst Bd. I. S. 168. Bd. IV. S. 20.

4) Vergl. Art. 37. der P. G. O.

Verschiedenheit des Erfolgs der verbrecherischen Handlung unterscheide [1]), — hinreichende Belege für die Ansicht, daß nach dieser Gesetzgebnng die Verübung äußerer auf das Verbrechen unmittelbar gerichteter Handlungen zur Strafbarkeit des Versuchs erforderlich sey. Unter den neuern Criminalisten stimmen dieser Lehre in Absicht auf das gemeine Recht ausdrücklich bei: Bauer [2]), Henke [3]), Tittmann [4]) und im Ganzen auch Schröter [5]), während Andere sich entschieden dagegen erklären und behaupten, daß jede auf Vollbringung des Verbrechens gerichtete äußere Handlung nach den Worten des Art. 178. als ein strafbarer Versuch betrachtet werden müsse [6]). Auch läßt sich nicht verkennen, daß die bisherige Deutsche Praxis, von der schon früh vorkommenden Unterscheidung zwischen conatus remotus und proximus ausgehend, auch jenen, worunter man immer Vorbereitungshandlungen zu verstehen pflegte [7]), für strafbar gehalten hat, und noch neuerlich ist in einem Urtheile eines obersten Deutschen Gerichtshofes die Lehre, daß Anfang der Ausführung zur Strafbarkeit des Versuchs erforderlich sey, als eine dem gemeinen Rechte fremde Neuerung, ungeachtet der in einem Gutachten des Heidelberger Spruchcollegiums vorliegenden gründlichen Ausführung, verworfen worden [8]). —

1) Vergl. Art. 109. 130. 132.

2) Lehrbuch des Strafrechts §. 60. Note a.

3) Handb. des Criminalrechts Bd. I. S. 255.

4) Handb. der Strafrechtswissenschaft Bd. I. S. 190.

5) Handb. des peinl. Rechts S. 121.

6) Martin Criminalr. §. 43. — Jarcke in Hitzigs Zeitschrift Heft V. S. 149. — Jordan de nonnull. controvers. p. 10-20. Nicht bestimmt spricht sich über die Frage aus Wächter Strafr. §. 85. S. noch Heffter Criminalr. S. 81.

7) Böhmer Meditat. ad C. C. C. Art. 178. §. 5. — Meister princ. jur. crim. §. 37. — Feuerbach Lehrb. §. 43.

8) Vergl. die actenmäßige Darstellung des Criminal-Processes gegen

§. 118.

Bei diesem Widerstreite der Meinungen wird es von besonderer Wichtigkeit seyn, zu untersuchen, welche Ansicht wohl im 15 und 16 Jahrhundert die herrschende gewesen sey, indem gewiß angenommen werden kann, daß diese auch dem Gesetzgeber der damaligen Zeit vorgeschwebt habe und von ihm sanctionirt worden sey. Auch wird vorzüglich darauf zu achten seyn, in welcher Bedeutung man den Ausdruck „scheinliche Werke", welche in der Carolina verlangt werden, gebraucht hat und wie derselbe bald nach Promulgation des Gesetzes verstanden worden ist. — Bedenken wir nun zuvörderst, daß den Germanischen Rechtsprincipien gemäß, nach einer so vielfältig bezeugten consuetudo generalis, totius mundi, der Versuch eines Verbrechens, gegen die Lehre der Civilisten, welche die allgemeine Strafbarkeit desselben aus dem Römischen Rechte ableiteten, für gar nicht strafbar gehalten wurde, und daß die Carolina, wenngleich sie die unterstandene Missethat allgemein mit peinlicher Strafe bedrohte, doch sich in anderer Hinsicht offenbar den Germanischen Ansichten angeschlossen hat, insoferne sie nämlich eine gelindere Strafe als für das vollendete Verbrechen sanctionirte, so werden wir schon aus diesem Grunde für sehr wahrscheinlich halten müssen, daß es nicht Absicht des Gesetzes gewesen seyn könne, Handlungen, welche, wie die bloßen Vorbereitungsacte, ihrer äußern Erscheinung nach auch nicht einmal den Schein eines Eingriffs in fremdes Rechtsgebiet an sich tragen, für peinlich strafbar zu erklären. Berücksichtigen wir nun insbesondere das Zeugniß des Julius Clarus, welcher zwar nach der P. G. O. schrieb, allein doch auch für die frühere Zeit von Wichtigkeit ist,

die Gräfin Görtz Wrisberg und Compl., herausgeg. von Scholz dem Dritten. Braunschw. 1835.

indem er die bis dahin herrschenden Ansichten wiedergiebt, so bemerkt dieser Schriftsteller ausdrücklich, daß auch da, wo eine lex oder ein statutum gegen die generalis consuetudo den Versuch für strafbar erkläre, dies doch in der Regel auf den actus proximus beschränkt werden müsse [1]). Erinnern wir uns dann ferner an Dasjenige, was oben (§. 101.) über den Ausdruck „scheinlich“ bemerkt worden ist [2]), so ist es fast unmöglich, daß die Carolina unter scheinlichen Werken auch Handlungen verstanden habe, welche ihrer Tendenz nach unter hundert andern Möglichkeiten auch auf Hervorbringung eines Verbrechens gerichtet seyn können, denen man aber ihrer äußern Erscheinung nach das Letztere durchaus nicht anzusehen im Stande ist. Könnte aber noch ein Zweifel übrig bleiben, so muß dieser doch schwinden, sobald wir die lateinischen Übersetzungen der Carolina zu Hülfe nehmen, und bemerken, wie die Worte „scheinliche Werke“ von ihren Verfassern verstanden worden sind. Denn bei Justin. Gobler, dessen getreue Übersetzung des Art. 178. hier eine Stelle finden mag [3]), lautet dieser Artikel: Si quis maleficium apparentibus factis ad effectum seu completionem maleficii conducentibus molitur seu conatur, ac quo minus tale facinus perficiat, aliis mediis contra suam voluntatem impeditur; ea voluntas ex qua facinora aliqua (ut prae-

1) Julius Clarus Sent. rec. Lib. V. §. fin. Qu. 92. in fine. „Scias etiam, quod in omnem casum dispositio d. l. si quis non dicam rapere et similium, quae expresse puniunt solum conatum, etiam non secuto effectu, semper intelligenda est, ut procedat, quando deventum est ad actum proximum maleficio. Et est communis opinio.

2) Vergl. wieder Walch Glossarium s. h. v.

3) Aus dem auf der Bibliothek des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle befindlichen Exemplar der Goblerischen Übersetzung. Die Abschrift dieses Artikels verdanke ich der Güte des Herrn Ober-Appellations-Raths Planck.

ponitur) emergunt, criminaliter et poenaliter corripienda puniendaque est; Sed in alio casu severius quam in alio, ex respectu et qualitate causarum. Idcirco judices poenam propter (ut sequitur) consultent, scilicet quomodo ea corpori aut vitae sit imponenda. Georg Remus paraphrasirt dagegen: Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut adparatu telorum, veneni mali praeparatione etc. sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur etc. Hieraus geht doch wohl unwiderleglich hervor, daß man im 16 Jahrhundert nicht daran gedacht hat, daß die P. G. O. auch bloße Vorbereitungshandlungen bedrohe, und daß man den Ausdruck „scheinliche Werke" ganz richtig nicht blos als reinen Gegensatz der nuda cogitatio auffaßte, sondern dabei an Handlungen dachte, welche ihrer äußern Erscheinung nach unleugbar den Stempel der angefangenen Gesetzesübertretung an sich tragen. — Endlich können auch noch mehrere Dispositionen der peinlichen Gerichtsordnung angeführt werden, woraus sehr deutlich hervorgeht, daß das Gesetz nur solche Handlungen als unterstandene Missethat bestrafen will, welche einen Anfang der Ausführung enthalten. Man blicke nur auf den Art. 119. die P. G. O. „So sich aber eyner solchs obgemelts mißhandels freuelicher vnd gewaltiger weiß, gegen eyner vnuerleumbten frawen oder jungfrawen vnderstünde, vnnd sich die fraw oder jungkfraw sein erweerte oder von solcher beschwernuß sunst erreth würd, der selbig übelthetter soll — nach gelegenheyt vnd gestalt der personen vnd vnderstanden missethat gestrafft werden". Ferner auf Art. 173. „Item so eyner eyn stock, darinn man das heylig almusen samlet, auffbricht sperret, oder wie er argklistig darauß stilt, oder solchs mit etlichen wercken zuthun vndersteht —." Wie kann man annehmen, daß das Gesetz bei solchen

Dispositionen auch an bloße Vorbereitungshandlungen denke?! —

§. 119.

Auch spätere Commentatoren der P. G. O.[1]) bleiben der Lehre getreu, daß in der Regel nur der conatus proximus, von welchem Vorbereitungshandlungen jedenfalls ausgeschlossen sind, gestraft werden könne, und machen von dieser Regel nur da eine Ausnahme, wo in den Gesetzen ausdrücklich auch bloße Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht sind[2]). Ebenso wird man, wenn man vergleicht, was Carpzov bei den einzelnen Verbrechen über die Bestrafung des Versuchs sagt, finden, daß er dabei in der Regel nur zur Ausführung gehörige

1) z. B. Blumblacher Commentar zur P. G. O. ad art. 178. p. 408. S. auch Matth. Stephani, Caroli V. Constit. publicor. judicior. Hann. 1702, welcher sich der Worte des Remus wieder bedient, obwohl er auch den Conatus remotus strafen will, si quis cum telo hominis occidendi causa incessit, sed nondum vulneravit.

2) Blumblacher a. a. O. „Sonsten, wo der Conatus pro effectu gestraft werden kann, verstehen die Rechtsgelehrten communiter einen solchen Conatum, per quem deveniatur non tantum ad actum remotum sed proximum. Jul. Clarus §. fin. qu. 92. Der Meynung ich dann auch regulariter bin, aber ich halte dafür, daß in einem und andern Falle auch conatus remotus hierzu sufficient seye, und zwar in crimine laesae majestatis, proditionis ac oppugnationis patriae etc. textus in L. quisquis (5.) Cod. ad L. Jul. maj. Und solches darumb, dann in solchen Fällen, wo nicht allein eines privat-Menschen Leben; sondern das gantze Vatterland und der gantze gemeine Nutzen und Sicherheit daran gelegen, gar zu gefährlich und gar zu spatt wäre, wann jederzeit der actus proximus erwartet werden solle. Wo aber der Conatus nicht poena ordinaria vel ultimi supplicii gestrafft würdet, so ist doch selber allzeit poena extraordinaria pro arbitrio judicis zu straffen, und zwar quanto actus proximior ist, um so viel mehr ist auch die poena arbitraria zu schärffen."

Handlungen im Sinne hat, und nur in einzelnen Fällen redet er von einer Bestrafung des conatus remotus [1]). Hiernach glauben wir mit voller Überzeugung die Meinung aussprechen zu müssen, daß die Straflosigkeit bloßer Vorbereitungshandlungen allerdings als Regel in unserm gemeinen Rechte begründet sey, und daß, wenn man Ausnahmen davon gelten lassen will, man sich durchaus auf die in den Gesetzen vorkommenden Fälle beschränken müsse. (vergl. §. 115 f.)

§. 120.

Werfen wir jetzt B. einen Blick auf neuere Gesetzgebungen [2]), so gab unter den Deutschen Legislationen zuerst das allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestra-

1) Cf. Qu. 2. in fin. Qu. 17. 19. 21. Nr. 37 — 45. Qu. 22. Nr. 69 seqq. u. a. M. Nicht zu übersehen ist übrigens, daß die ältern Rechtslehrer nicht selten zum conatus remotus Handlungen zählen, welche als Anfang der Ausführung zu betrachten sind, indem sie z. B. bei der Tödtung, von der fast ausschließlich die Rede ist, nur bei eingetretener Verwundung von einem conatus proximus sprechen.

2) Zu denjenigen Legislationen, welche auch Vorbereitungshandlungen, vorläufige Anstalten oder entfernten Versuch strafen, gehört: das Preußische Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 43; — das Baiersche Strafgesetzb. Th. I. Art. 62. Vergl. auch Anmerk. dazu Th. I. S. 187., wo man jedoch keine Rechtfertigung für die Bedrohung bloßer Vorbereitungshandlungen findet; — das Criminalgesetzbuch für St. Gallen Th. I. Art. 21. und den Canton Basel §. 16., welche den Versuch strafen, wenn der Thäter „in Veranstaltungen und in der Bereitschaft zu dem vorhabenden Verbrechen ertappt wurde"; übergegangen in das neue Strafgesetz für Canton Basel Stadttheil v. 18. Mai 1835. §. 14.; — der Strafcodex für Tessin v. 1814. Art. 45. — Strafgesetzentwurf für die Batav. Republik Art. 41. — Entwurf für Canton Zürich v. 1835. Art. 43. Über die wunderbare Unterscheidung des Ungarischen Entwurfs, s. oben S. 33. Not. 5.

fung von Joseph II, v. J. 1787. im Art. 9. eine Bestimmung über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, indem es den Versuch nur dann für ein Criminal-Verbrechen erklärte, wenn der Bösgesinnte, zur wirklichen Ausübung sich angeschickt habe, und das Gesetzbuch Franz II. v. 1803. fordert etwas bestimmter (Th. I. §. 7.), daß der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen habe, eine veränderte Fassung, welche mehr für die Frage von der objectiven Gefährlichkeit, als für den Anfangspunkt der Strafbarkeit von Bedeutung ist [1]). Fragt man indeß, ob das Österreichische Gesetz nur den Anfang der Ausführung bedrohe, so ist nicht zu verkennen, daß dasselbe einer zweifelhaften Interpretation unterliegt. Ausgeschlossen vom criminellen Versuche werden dadurch freilich solche Handlungen, welche nicht auf Ausführung eines bestimmten, zufolge des verbrecherischen Entschlusses jetzt wirklich zu verübenden Verbrechens gerichtet sind, z. B. vorläufiges Ausspähen einer Gelegenheit zum Stehlen, um bei eintretendem Bedürfnisse davon Gebrauch zu machen [2]); daß dagegen Vorbereitungsacte eines bestimmten Verbrechens, z. B. Ankauf des Giftes, Anschaffung von Gewehr, Pulver und Blei, um einen beschlossenen Mord auszuführen, unter den Begriff des criminellen Versuchs zu subsumiren seyen, wird wenigstens von Jenull [3]) auf das entschiedenste behauptet, weil das Gesetz sage: Wer eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternimmt, d. h. äußerlich solches zu thun be-

1) Vergl. Jenull, Österreich. Criminalr. Bd. I. S. 195 ff.

2) Jenull a. a. O. S. 414. 415.

3) a. a. O. S. 195—197. 412—416. Vergl. auch Lelièvre de conatu deliuq. p. 417. S. aber Kitka in Wagners Zeitschr. für Österreich. Rechtsgelehrsamkeit. 1832. Heft 4. Nr. X. S. 184 ff.

ginnt, was darauf abzielt, eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung hervorzubringen. Indessen scheint doch diese Erklärung, der Absicht des Gesetzes zuwider, die Gränzen des criminellen Versuchs zu weit auszudehnen. Denn „eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung" kann doch wohl nur diejenige genannt werden, welche als Bestandtheil des Verbrechens selbst zu betrachten ist. Wenn also A den B zu tödten beschließt und zur Ausführung seines bösen Vorsatzes die Handlung der Vergiftung wählt, so ist dieses, wie Jenull selbst sagt [1]), die zur wirklichen Ausübung führende Handlung. Unternimmt er nun diese Handlung, so kann dies, sollte man meinen, nichts Anderes heißen, als, er muß die Handlung der Vergiftung selbst beginnen, also das Gift z. B. unter die Speisen mischen, und es scheint einleuchtend zu seyn, daß, wenn das Gesetz nicht auf diese Weise verstanden wird, gar nicht davon die Rede seyn könne, daß dasselbe einen die Strafbarkeit der Versuchshandlungen beschränkenden Anfangspunkt festgestellt habe. Die Disposition des Gesetzes würde daher in der That in dieser Beziehung gar keine irgend erhebliche Bedeutung haben!

§. 121.

Daß die Baierische Legislation von 1813 auch bloße Vorbereitungshandlungen ganz allgemein mit Strafe bedroht, ist schon vorhin (S. 227. Note 2.) bemerkt worden, und bedenkt man, wie streng oft das Gesetz bei der Aufstellung des Thatbestandes des vollendeten Verbrechens ist, daß z. B. schon Derjenige, welcher sich in eine Verschwörung einläßt, die einen Angriff auf die Verfassung bezweckt, sich eines vollendeten Hochverraths schuldig macht, so kann die Strafbarkeit des Versuchs leicht bis an die Gränzen der nuda cogitatio ausgedehnt werden. Dagegen hat schon der Bai-

1) a. a. O. S. 196.

erische Entwurf von 1822 die Strafbarkeit des Versuchs in der Regel auf den Anfang der Ausführung beschränkt[1]), und ihm schließt sich der Hannoversche Entwurf v. 1825 an[2]), worin die Disposition des Baierischen Entwurfs wörtlich nur mit der Änderung aufgenommen ist, daß die äußere Handlung „wenigstens schon" einen Anfang der Ausführung enthalten müsse. Überhaupt scheint die Richtigkeit dieses Principes in Deutschland immer mehr Vertheidiger zu finden und ist auch in dem in mehrfacher Hinsicht ausgezeichneten neuen Würtembergischen Entwurfe v. 1835 anerkannt[3]). Denn hiernach sollen Handlungen, wodurch die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens erst vorbereitet, aber noch nicht angefangen ist, außer den im Gesetze besonders bestimmten Fällen[4]), keiner Strafe unterliegen; jedoch kann, wenn die vollendete That mit Todes-, Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe bedroht ist, Stellung unter besondere polizeiliche Aufsicht von dem

1) Art. 46. „Ein (strafbarer) Versuch ist vorhanden, wenn eine Person in der Absicht, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, eine äußerliche Handlung vorgenommen hat, welche als ein Anfang der Ausführung des bezielten Verbrechens oder Vergehens anzusehen ist." Vergl. auch oben §. 112.

2) Art. 38. Ebenso der revid. Entw. v. 1830. Art. 33. Vergl. auch die Verhandl. der Ständeversammlung über diesen Artikel, im Archiv des Criminalrechts. Jahrg. 1835. S. 449 f.

3) Art. 57. Vergl. die Motive dazu S. 42. S. auch Entw. eines republican. Strafgesetzb. v. Frey. Art. 82.

4) Vergl. Art. 71. (Anstiftung zu Verbrechen). Art. 74. (Eingehung eines Complotts.) Art. 132. (Vorbereitung zu einer hochverräthischen Unternehmung.) Art. 174. (Vereinigung zu einer Bande.) Art. 200. (Vorbereitung zur Münzfälschung durch Anschaffung der dazu nöthigen Werkzeuge und Materialien.) Art. 235. (Verheimlichung der Geburt.) Der Entwurf stimmt also fast gänzlich mit den oben im §. 114. aufgestellten Ausnahmen überein, welche schon niedergeschrieben waren, bevor der Verf. den neuen Würtemb. Entwurf benutzen konnte.

Gerichte angeordnet werden. Zu wünschen wäre nur, daß das Gesetz ein allgemeines Merkmal für den Anfang der Ausführung gegeben hätte [1]).

§. 122.

Das ältere Französische Recht erkannte in einzelnen Fällen die Straflosigkeit bloßer Vorbereitungshandlungen an, z. B. beim Diebstahl [2]), und das Gesetz vom 22. Prair. an IV. sowie der Code pénal Art. 2. verlangen [3]) zur Strafbarkeit des Versuchs ausdrücklich Anfang der Ausführung. Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution etc. Daß diese Bestimmung des Französischen Rechts großen Einfluß auf Deutschland gehabt hat, läßt sich gewiß nicht verkennen; daß sie aber wegen der Worte suivie d'un commencement d'exécution den Anfangspunkt der Strafbarkeit fester und sicherer begrenze, als die Disposition Deutscher Legislationen, welche Anfang der Ausführung, oder wenigstens einen Anfang der Ausführung verlangen [4]), muß wohl sehr bezweifelt werden [5]). — An das Französische Recht schließen sich an: der Entwurf eines Strafcodex für das Königreich Italien, welcher atti prossimi all' esecuzione verlangt, jedoch den Mandanten für strafbar erklärt, sollte auch der Mandatar gar nicht zur Ausführung geschritten seyn [6]); der Co-

1) Vergl. oben §. 113. Note 4.

2) Lelièvre de conatu delinq. p. 180.

3) S. oben §. 96.

4) Cucumus im N. Archiv Bd. X. S. 213. 214. Auch soll, wie daselbst (unter Berufung auf Jenull!) behauptet wird, selbst der Ausdruck des Österreich. Strafgesetzb. besser seyn. S. aber oben §. 117.

5) Vergl. übrigens über diese Disposition des Code pénal und ihre Anwendung Lelièvre de conat. delinq. p. 209 — 225.

6) Art. 69 — 71. Anders in Frankreich. Lelièvre l. c. p. 223.

dice penale für Parma, wonach der Versuch begleitet seyn muß da un principio di esecuzione, jedoch ebenfalls mit der den Mandanten betreffenden Ausnahme [1]). — Auch in Schottland soll der Versuch durch bloße Vorbereitungen in der Regel gar nicht gestraft werden [2]), und in dem Spanischen Strafcodex v. 1822, welcher in der Regel freilich auch die Vorbereitung bedroht, ist wenigstens so viel bestimmt, daß der Vorschlag zur Begehung eines Verbrechens, der einem Andern gemacht aber nicht angenommen wurde, und selbst das Complott, so lange es noch nicht zu einem Verbrechensversuch kam (?), nicht bestraft werden könne, wenn es nicht in einzelnen Fällen ausdrücklich bestimmt sey. Dagegen ist es gewiß eine auch für einen republicanischen Staat verwerfliche und mit der Unabhängigkeit und der Verfassung des Staats ein gefährliches Spiel treibende Bestimmung, wenn nach Art. 185 des Entwurfs zu einem republicanischen Strafgesetzbuch von Frey auch landesverrätherische noch nicht zu Thaten geschrittene Complotte, sowie landesverrätherische, öffentliche Reden für straflos erklärt werden [3]). Mit Recht sagte Cato, der doch ein guter Republicaner war, in Beziehung auf die Verschwörung des Catilina: „Nam caetera persequare, ubi facta sunt; hoc nisi provideris, ne accidat, ubi evenit, frustra judicia implores!"

1) Art. 77 ff.

2) Lelièvre l. c. p. 479. 480.

3) Vergl. auch Mittermaier im Archiv des Crimrs. Jahrg. 1835. S. 557. und vorzüglich Rossi Traité Livr. II. chap. 27. „Non seulement la tentative mais les actes préparatoires de certains crimes, en particulier des crimes de trahison, ont cela de particulier que, si l'on attend l'exécution, il est souvent trop tard pour sauver l'état, ou du moins pour mettre l'ordre public à l'abri des attaques les plus dangereuses. Trop souvent une fausse indulgence deviendrait la cause d'une guerre civile; trop souvent les coupables échapperaient à la punition par le succès."

Dritter Titel.

Von der zur Strafbarkeit des Versuchs erforderlichen objectiven Gefährlichkeit der Handlung.

§. 123.

Eine der wichtigsten, in neuerer Zeit mehrfach erörterten [1]), die absolute Strafbarkeit des Versuchs betreffenden Fragen ist die, ob die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Handlung objectiv gefährlich, d. h. so geeigenschaftet seyn müsse, daß ihrer natürlichen Beschaffenheit zufolge das beabsichtigte Verbrechen dadurch würde hervorgebracht worden seyn, wenn nicht ein anderer Umstand ihre Wirkung aufgehoben oder verhindert hätte? Gewöhnlich [2]) pflegt man dabei wieder zwei untergeordnete Fragen aufzustellen, nämlich:

I. Ist Tauglichkeit des angewendeten Mittels zur Strafbarkeit des Versuchs erforderlich? und

II. ist Derjenige strafbar, welcher seine Handlung gegen

1) Vergl. Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 550—552.

2) S. z. B. Mittermaier im N. Archiv Bd. X. 550. 554. Jordan de nonnull. controvers. §. 5. und §. 8., wogegen z. B. Bauer beides unter der Frage über die Tauglichkeit der Mittel zusammenfaßt, von der Ansicht ausgehend, daß derjenige, welcher z. B. einem schon Todten den Degen durch das Herz stößt, sich auch eines nach Beschaffenheit des Gegenstandes untauglichen Mittels bediene. Vergl. dessen Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 406. Daß hier aber von keiner Untauglichkeit des gebrauchten Mittels die Rede seyn könne, leuchtet doch wohl ein. Hierzu kömmt, daß beide Fälle oft ganz verschieden beurtheilt werden, wie z. B. von Jordan l. c., und es dürfte wohl Derjenige keiner unnützen Zweifelsucht beschuldigt werden können, welcher zu bestreiten versuchte, daß nach Art. 47 des Hannov. Entwurfs auch ein Mordversuch an einem Leichnam bestraft werden müsse.

ein Object richtete, an welchem das beabsichtigte Verbrechen nicht hervorgebracht werden konnte, weil es entweder gar nicht existirte, oder weil es demselben an einem wesentlichen Merkmale des Thatbestandes des Verbrechens fehlte, obgleich der Thäter das Vorhandenseyn der dazu erforderlichen Voraussetzung supponirte?

In Beziehung auf die erste Frage lassen sich aber wieder folgende Fälle unterscheiden: a. Der Thäter wählt ein Mittel, welches den allgemein bekannten Naturgesetzen zufolge den beabsichtigten Erfolg hervorbringen kann, allein er läßt es an der erforderlichen Kraftanwendung fehlen oder täuscht sich in der Wirksamkeit des Mittels. Z. B. es will Jemand Brennmaterialien auf ein Dach werfen, wirft aber nicht hoch genug; es giebt Jemand eine zu geringe Dosis Gift; er schießt nach einem zu weit entfernten Menschen, vor welchem die Kugel kraftlos niederfällt. b. Er wählt ein an sich durchaus taugliches, auch zur Hervorbringung des beabsichtigten Erfolges hinreichendes Mittel, dessen Wirksamkeit indeß durch einen dem Thäter unbekannten oder nicht vorhergesehenen Umstand schon im Augenblick der Anwendung und nicht erst durch später gebrauchte Gegenmittel aufgehoben wird. Z. B. es wird Jemand vergiftet, welchem das Gift, wegen eines kurz vorher genossenen Gegengiftes nicht schaden konnte; es stößt Jemand mit dem Dolch nach einem Menschen, welcher unter dem Oberkleid einen Panzer trägt[1]). c. Der Thäter will durch ein der gemeinen Erfahrung nach taugliches Mittel das Verbrechen hervorbringen, vergreift sich aber

1) Daß dieser Fall von dem sub II genannten Hauptfalle verschieden sey, leuchtet wohl ein. Denn es ist ein Unterschied, ob an einem Gegenstand das Verbrechen überhaupt nicht hervorgebracht werden kann, wie z. B. an einem Todten, oder ob an einem möglichen Gegenstand das im Allgemeinen taugliche Mittel unwirksam ist.

bei der Auswahl und Anwendung und nimmt die Handlung mit einem ganz untauglichen Mittel vor. Z. B. er mischt Zucker statt Gift unter die Speisen, drückt ein ungeladenes Gewehr oder ein solches auf seinen Feind ab, von dem der Stein vorher abgeschraubt oder vielleicht durch ein ähnliches Stückchen Holz ersetzt war; eine Schwangere nimmt ein vermeintliches Abortiv = Mittel u. s. w. d. Es will Jemand durch ein aus Irrwahn oder Aberglauben für tauglich gehaltenes, in der That aber der gemeinen Erfahrung nach ganz untaugliches Mittel, wie z. B. durch Zauberei, Gebete u. s. w., ein Verbrechen hervorbringen; Jemanden mit Salpeter, den er für eine giftige Substanz hält, vergiften.

§. 124.

Die Meinungen der Criminalisten über die Strafbarkeit des Versuchs in den genannten Fällen sind sehr verschieden. Sam. Fr. von Böhmer, obgleich er an der einen Stelle [1]) sagt: „Plane putativum veneficium vere tale non est; si opinio propinantem fefellit, et materia, quam quis pro noxia porrexit, vere non nocuerit, cujusmodi casum de argento vivo alteri animo nocendi dato, respondisse Jenenses, testatur Theodoric. C. VII. aph. VI. N. 15. Nam animus ad homicidium parum sufficit, si media usurpata ad nocendum inepta, quanto magis a veneficio alienus erit, ubi venenum intercessisse non liquet", — nimmt doch bald darauf als zweite Stufe des versuchten Giftmords an, oblationem materiae, quam quis perperam venenosam putavit, et sic animo nocendi porrexit [2]). Feuerbach [3]),

1) Meditat. ad C. C. C. Art. 130. §. 1. in fin.

2) Ibidem §. 3.

3) Lehrb. des peinl. Rechts §. 42. und Kritik des Kleinschrod. Entwurfs Th. I. S. 56. 57.

welcher diese Frage wohl hauptsächlich in lebhaftere Anregung gebracht hat, stellte in den spätern Ausgaben seines Lehrbuchs [1]) das Prinzip auf: Der Versuch könne nur dann gestraft werden, wenn — — die Handlung selbst, nach ihrer äußern Beschaffenheit, (mittelbar oder unmittelbar, wenig oder viel) mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhange stehe, — objectiv gefährlich sey, weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äußern Recht widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann (äußerlich) rechtswidrig sey, wenn sie das Recht verletze oder gefährde. „Die rechtswidrige Absicht allein giebt", sagt Feuerbach weiter, „keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit. Wer von dem Verbrechen der Mittheilung eines vermeintlichen Gifts, von dem Versuch der Tödtung eines Leichnams und dergl. spricht, verwechselt das Moralische mit dem Rechtlichen, die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Recht zur Strafe, und muß auch jenen Baiern eines strafbaren Versuchs der Töötung schuldig erkennen, der nach einer Kapelle wallfahrtete, um da seinen Nachbar — todt zu beten". Ausführlicher suchte diese Ansicht zu begründen [2]) und gegen die dagegen erhobenen Zweifel zu vertheidigen Mittermaier [3]), indem er zeigte, wie die entgegengesetzte

1) Früher hat Feuerbach im §. 250 des Lehrb. auch einen strafbaren Versuch mit vermeintlichem Gifte angenommen. Später verlangt er wirkliches Gift.

2) S. auch Henke Beiträge zur Crim. Gesetzgeb. S. 179.

3) Im N. Archiv Bd. I. S. 183 — 199. Zwar hat Mittermaier in einem spätern Aufsatz über den neuesten Zustand der Crimrsw. in Deutschl., im N. Archiv Bd. IV. S. 104., durch die Gegenausführungen Salchow's und Oerstedt's in seiner eigenen Überzeugung schwankend geworden, Alles darauf gestellt, ob die Handlung einen Anfang der Ausführung enthalte und die Gestalt des Verbrechens an sich trage, und deshalb (?) einen Versuch mit vermeintlichem Gifte angenommen, später ist

Meinung lediglich die verbrecherische Absicht strafe, wie ihr zufolge die äußere Beschaffenheit der Handlung ganz gleichgültig sey und der Versuch von jedem Thatbestand entkleidet werde, wie dieselbe gegen alle rechtlichen Grundsätze vom Thatbestand und Beweise der Verbrechen verstoße und in der Anwendung selbst lächerlich werde. — Gegen Mittermaier und Feuerbach, dessen Ansicht zwar in dem von ihm verfaßten Baierischen Entwurf geltend gemacht worden war, allein „das Unglück erfuhr" in dem Gesetzbuche selbst verworfen zu werden, trat insbesondere Oerstedt[2]) auf. Er geht von dem Principe aus, daß das Übel, welches eine Handlung mit sich bringt, wohl der Beweggrund zur gesetzlichen Strafdrohung, aber nicht deren Gegenstand, sondern dieser vielmehr der in That ausbrechende böse Wille sey. Auch könne man nicht sagen, daß eine solche Versuchshandlung mit untauglichen Mitteln nicht gefährlich sey, wenn man die Handlung so nehme, wie sie an und für sich als Handlung, als eine bewußte Kraftäußerung erscheine. — Außerdem haben sich gegen die Straflosigkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln und an einem Object, an welchem das Verbrechen nicht hervorgebracht werden konnte, mehr oder weniger ausführlich erklärt: Schröter[3]), Salchow[4]), Henke[5]), Escher[6]),

er aber wieder zu seiner frühern Ansicht zurückgekehrt. Vergl. N. Archiv Bd. X. S. 551. und Anmerk. in der 12ten Ausgabe von Feuerbachs Lehrbuch.

1) S. Anmerk. zum Baier. Strafgesetzb. Th. I. S. 177.

2) über die Grundregeln der Strafgesetzgebung. Kopenhagen 1818. S. 164 ff.

3) Handb. des peinl. Rechts S. 120.

4) Lehrb. des peinl. Rechts §. 136.

5) Handb. des Criminalrs. Bd. I. S. 256. S. aber S. 236. Note 2.

6) Vier Abhandl. über Gegenstände der Strafrechtswiss. S. 164.

Tittmann[1]), Hepp[2]), Bauer[3]) und Jarcke[4]); während Jordan[5]), zwar die Strafbarkeit des Versuchs an einem Object, an welchem das Verbrechen nicht hervorgebracht werden konnte, zugiebt, dagegen die Straflosigkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln jedoch mehr aus positivrechtlichen Gründen im gemeinen Rechte vertheidigt[6]). Gerade die entgegengesetzte Meinung von Jordan in den beiden genannten Fällen vertheidigt Lelièvre[7]). Durchaus für die Straflosigkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln erklärt sich dagegen Heffter[8]), und unter den ausländischen Juristen liefert Rossi[9]) eine vortreffliche Ausführung gegen die Strafbarkeit.

1) Handb. der Strafrsw. I. §. 96. S. auch Dessen Entwurf für Sachsen §. 292. 293.

2) Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtsw. S. 323 ff.

3) Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 404 — 414. und noch ausführlicher zur Widerlegung des Verfassers der „kritischen Beleuchtung" Th. II. S. 115 — 137.

4) Handbuch des peinl. Rechts Th. I. S. 217.

5) De nonnull. controvers. ad doctrin. de conatu delinq. spectant. §. 5. und §. 8.

6) Auch die Ausführung von Cropp, de praecept. jur. Rom. circ. puniend. conat. S. 37 — 45 hat mehr nur das Römische Recht zum Gegenstand, obgleich Cropp seine eignen rechtsphilosophischen Ansichten mit einmischt. Wir werden weiter unten Gelegenheit finden, darauf zurückzukommen.

7) De conatu delinq. S. 373 — 389., nachdem er früher die Straflosigkeit nach Französ. Rechte S. 225 — 227. nachgewiesen hat. Übrigens ist Lelièvre, der sich wie Cropp von dem ganz unbestimmten Principe der Nothwendigkeit eines intellectuellen Schadens leiten läßt, etwas schwankend in seiner Überzeugung und sagt selbst p. 388: „Ceterum fateor, ex applicatione poenae in illis casibus nasci multa incommoda et ad absurdas veniri posse consecutiones".

8) Lehrbuch des Criminalrechts S. 81. Auch Martin Lehrb. §. 43.

9) Traité de droit pénal. Livr. II. chap. 30. „De la tentative vaine par l'impossibilité du moyen, ou du but."

§. 125.

I. Über den Versuch mit untauglichen Mitteln.

Da es hierbei sowie bei andern wissenschaftlichen Streitfragen nicht auf die Zahl der Stimmen ankommen kann, welche sich für die eine oder die andere Ansicht erklärt haben, sondern vielmehr nur auf die Trifftigkeit der Gründe, so wird sich auch kein Verständiger deshalb abhalten lassen seine Überzeugung frei auszusprechen, weil vielleicht die gegentheilige Meinung die Mehrzahl der Stimmen für sich hat. Darum glauben auch wir, obgleich wir früher ebenfalls der entgegengesetzten Ansicht gewesen sind, unsere Überzeugung sogleich dahin aussprechen zu müssen, daß wir, nach reiflicher Erwägung der Sache, eine Bestrafung des Versuchs mit untauglichen Mitteln mit allgemeinen Grundprincipien des bürgerlichen Strafrechts für ganz unvereinbar halten. — Zuvörderst müssen wir aber darauf aufmerksam machen, daß wir unter *untauglichen* Mitteln nur solche verstehen, welche ihrer Natur nach und unter keinen Verhältnissen den beabsichtigten Erfolg hervorzubringen vermögen. Wir reden also nicht von an sich tauglichen aber bei ihrer Anwendung entweder *unzulänglichen* oder *unwirksamen* Mitteln, indem wir weit davon entfernt sind, deren Strafbarkeit in Abrede stellen zn wollen. Wenn daher der Mörder wegen zu schwacher Ladung sein Ziel nicht erreicht [1]), wenn die gegebene Dosis Gift zu gering ist, wenn die Leiter, welche der Dieb zum Einsteigen benutzte, zu kurz war, wenn der Brandstifter die nassen Brennmaterialien nicht in vollkommnen Brand

1) Natürlich muß der Mensch in einer solchen Entfernung stehen, daß er mit einem ordentlich geladenen Gewehr erreicht werden konnte. Wer dagegen einen Versuch mit ganz untauglichen Mitteln annimmt, muß auch Denjenigen strafen, welcher mit einer Pistole nach einem eine halbe Stunde Weges entfernten Menschen schießt.

zu setzen im Stande ist, wenn die Absicht des Nothzüchtigers wegen der überwiegenden Kräfte der Frauensperson oder wegen seiner eignen Schwäche vereitelt wird, wenn der zu Mordende durch einen Panzer geschützt war und der Stoß abprallen mußte, wenn ein beabsichtigter Umsturz der Verfassung an der Unzulänglichkeit der Mittel scheitern mußte, — so zweifeln wir in diesen und andern Fällen durchaus nicht an der Rechtmäßigkeit einer Versuchsstrafe. Nur darf man nicht mit solchen Beispielen die Straflosigkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln bekämpfen wollen[1])! Denn der wesentliche Unterschied zwischen einem unzulänglichen oder unwirksamen[2]) Mittel auf der einen Seite und einem von Anfang an und seiner innern Beschaffenheit nach untauglichen Mittel auf der andern Seite ist wahrhaftig nicht schwer einzusehen und die Strafbarkeit des Versuchs mit tauglichen, aber unzulänglichen oder unwirksamen Mitteln ergiebt sich von selbst daraus, daß in diesen Fällen der Thäter wirklich ein zur Vollbringung dienstliches Mittel angewendet hat, dessen Wirksamkeit nur ein Zufall vereitelte, und daß die Handlung auch ihrer äußern Beschaffenheit nach mehr oder weniger gesetzwidrig ist, eine Eigenschaft, vermöge welcher auch ein

1) Dies thut Jarcke im Handb. I. S. 217. zum Theil auch Bauer a. a. O. und Oersted a. a. O.

2) Auch das, wenn ich nicht irre, schon von Seneca, und dann von Henke, Oersted u. A. benutzte Beispiel, daß die schädliche Wirkung des Giftes durch die Mischung oder durch ein genossenes Gegengift aufgehoben wird, kann nicht zur Classe der untauglichen Mittel gerechnet werden. Dasselbe gilt z. B. von dem Falle, wenn der Nachschlüssel des Diebes beim ersten Versuch, das Schloß zu öffnen, abbricht. In beiden Fällen ist das zur Ausführung taugliche Mittel angewendet. Ein Zufall macht es unschädlich. Der Verbrecher wiederhole die nämliche Handlung und er wird reüssiren. Mit Zucker und Salpeter wird er aber nie Jemanden vergiften!

Schluß auf das Daseyn eines verbrecherischen Vorsatzes gemacht werden kann, während es bei einem Versuch mit völlig untauglichen oder zweckwidrigen Mitteln ganz an der Möglichkeit fehlt, aus der äußern Beschaffenheit der Handlung auf den Dolus zu schließen [1]).

§. 126.

Das von Feuerbach aufgestellte Beispiel des beabsichtigten Todtbetens hat Mehrere der oben angeführten Schriftsteller veranlaßt, ihre Ansicht von der Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln dahin zu beschränken, daß dazu ein wenigstens seinem Namen nach taugliches Mittel erforderlich sey, bei dessen Auswahl der Thäter aber aus Irrthum ein untaugliches, z. B. Zucker oder

1) Rossi Traité, Livr. II. chap. 31. Parmi les tentatives qui échouent par circonstances fortuites, il y en a sans doute qui se trouvent arrêtées par une force physique irrésistible, de même que les tentatives d'une chose impossible. Faudra-t-il pour cela appliquer aux premières la règle que nous avons appliquée aux secondes? les exempter de toute punition? Une seule remarque suffit pour rejeter la comparaison. Les secondes sont impossibles, d'après le cours ordinaire des choses; leur impossibilité est connue d'avance par l'expérience. — Qu'on répète le même acte dix, vingt fois, le crime n'aura jamais lieu. — En est-il de même du voleur dont le crochet se casse au moment d'ouvrir l'armoire? ou du brigand que des chevaux furieux renversent et laissent, dans un instant, bien loin du voyageur qu'il voulait dépouiller? — Le vol au moyen d'un crochet, le brigandage en arrêtant les chevaux d'une voiture, sont possibles. Le voleur et le brigand avaient fait ce qu'il fallait pour réussir; qu'ils répètent le même acte et ils réussiront. C'est là la loi ordinaire des choses. L'événement contraire, aux yeux de l'homme, n'est qu'un hasard; le delinquant ne pouvait pas le prévoir, la societé non plus. Aussi le danger et l'alarme ne s'affaiblissent en rien par la singularité de l'événement, et la résolution du coupable n'est pas équivoque.

Salpeter statt des Giftes, ergreife. Auch hat man sich bemüht, durch verschiedene Gründe darzuthun, weshalb Derjenige, welcher seinen Nachbar todtbeten wolle, nicht bestraft werden könne, wenngleich die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln anerkannt werde. So sagt z. B. Oerstedt[1]), es würde ja in diesem Falle, wenn man auch annehmen wollte, daß das höchste Wesen sich durch das Gebet bestimmen ließe, der Handlung doch der Character der Rechtswidrigkeit fehlen, und Hepp[2]) macht darauf aufmerksam, daß, da der Betende doch nur als Auctor intellectualis würde betrachtet werden können, Gott in diesem Falle auctor physicus delicti seyn würde. Da dies aber unmöglich sey, so falle auch der Begriff des auctor intellectualis von selbst hinweg. — Es ist nicht zu verkennen, daß der von Hepp vorgebrachte Grund noch mehr beweist als der Oerstedtische. Denn da die Anrufung böser Geister und der Gebrauch sympathetischer Mittel, welche Jemand zur Erreichung eines verbrecherischen Zweckes gebrauchte, doch gewiß der Handlung den Character der Rechtswidrigkeit im Sinne von Oerstedt nicht entziehen würde, so müßte doch in solchen Fällen ein strafbarer Versuch angenommen werden! Allein in der That findet, sobald man von dem Principe ausgeht, daß der in äußere Handlungen ausgebrochene verbrecherische Wille die Strafbarkeit des Versuchs begründe und der Thäter dann wegen seiner Gefährlichkeit Strafe verdiene, kein wahrer Unterschied zwischen den obigen Fällen Statt[3]). Denn im Wesentlichen sind sich die Fälle immer insofern gleich, als der Thäter ein Mittel wählt, welches er für tauglich hielt, bei dessen Gebrauch aber ein Nachtheil nach Vernunft und gemeiner Erfahrung undenkbar ist. Es war daher

1) Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 168.

2) Versuche S. 332.

3) Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 553.

jedenfalls consequenter, wenn z. B. Bauer[1]) Strafbarkeit des Versuchs, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des untauglichen Mittels, nur dann ausschloß, wenn von einer die Zurechnungsfähigkeit aufhebenden Einfalt die Rede sey.

§. 127.

Daß die verschiedenen Ansichten über die Begründung des Strafrechts Einfluß auf die Beantwortung der aufgeworfenen Frage haben werden, ist wohl zu erwarten, und es wird daher z. B. Niemandem auffallend seyn können, wenn der Präventionist oder der Anhänger des Pönitentiar-Systems auch bei einem Versuch mit absolut untauglichen Mitteln eine Strafe für nothwendig hält. Indessen würde man doch irren, wenn man glauben sollte, daß vielleicht nur die Abschreckungstheorie zu dem von Feuerbach aufgestellten Resultate führe[2]); denn Mittermaier, welcher weit davon entfernt ist, der Theorie des psychischen Zwanges zu huldigen, hat aus der absoluten Gerechtigkeits-Theorie seine Folgerungen abgeleitet[3]), weil diese, wenn sie nicht blos die moralische Schändlichkeit der Handlung bestrafen will, nothwendig die Strafbarkeit einer That zugleich von der Beschaffenheit der Handlung abhängig machen muß, und auch Rossi, den man mit Hepp den Repräsentanten der Gerechtigkeitstheorien

1) Anmerk. zum Hannov. Entwurf Th. II. S. 133. Hier wird aus öffentlichen Blättern ein Erkenntniß des Obergerichts zu Zürich v. J. 1827 angeführt und gebilligt, wonach Joh. Schälchli von Altikon seiner Stelle als Friedensrichter entsetzt, auf 12 Jahre im Activbürgerrecht suspendirt und zu viermonatlichem Zuchthause verurtheilt worden seyn soll, weil er durch das s. g. Vernageln (einem in jener Gegend vorkommenden Wahn) seine Ehefrau loszuwerden versucht hatte.

2) Vergl. Oerstedt, Grundregeln S. 170 f.

3) S. N. Archiv I. S. 190.

des Auslandes nennen kann, der das Strafrecht auf die Verwirklichung der ewigen Gerechtigkeit stützt und die Strafe nicht auf die Erreichung eines nützlichen Zweckes bezieht, kömmt doch zu demselben Resultate, weil der Staat das sittliche Princip nur insoweit verwirklichen kann, als es zur Erhaltung der Rechtsordnung nothwendig ist. Die Handlung muß daher, wenn sie bestraft werden soll, ihrer äußern Beschaffenheit nach der bürgerlichen Gesellschaft nachtheilig seyn. Ist dies nicht der Fall, wie bei einem Versuch mit untauglichen Mitteln, und man will dennoch strafen, so vergißt man un principe essentiel du système pénal, pour retomber dans tous les dangers qui accompagnent la punition de la pensée [1]).

§. 128.

Aber auch dann, wenn wir den Rechtsgrund und Zweck der Strafe blos in die sich aus der Vernunft ergebende Nothwendigkeit der Aufrechthaltung der rechtlichen Ordnung im Staate setzen, die man, wenn man will, die bürgerliche Gerechtigkeit nennen kann, müssen wir die Straflosigkeit eines Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln behaupten. Denn das Princip für die Beantwortung der

1) Rossi Traité, Livr. II. chap. 30. D'ailleurs, sagt Rossi weiter, lors même que la résolution criminelle serait certaine, où est le danger pour la société? Où est le mal matériel? Que lui importe qu'on essaie des actes impossibles? — Ces actes prouvent, dira-t-on, une perversité qui est à craindre. On veut dont franchir les bornes de la justice pénale, poursuivre et punir la perversité en général, sous le prétexte d'un acte qui n'a produit aucun mal matériel, pas même un danger, une alarme raisonnable? Dès lors, il y aurait plus de raison encore à punir les hommes notoirement vicieux et livrés à de funestes habitudes. Ils sont plus à craindre qu'une espèce de fou qui essaie une fois de faire un acte impossible.

Frage, welche Handlungen im Staate als strafwürdig zu betrachten seyen, kann hiernach kein anderes seyn, als daß nur diejenigen Handlungen bestraft werden können, welche den rechtlichen Zustand gefährden. Diese Gefahr ist aber eine doppelte, theils eine subjective, theils eine objective. Jene liegt in der verbrecherischen Gesinnung, diese in der äußern Beschaffenheit der Handlung. Beide müssen vereint vorhanden seyn, wenn von einer bürgerlichen Strafe soll die Rede seyn können. Setzt man die letztere bei Seite, so bestraft man nur die verbrecherische Gesinnung, man verstößt dadurch gegen ein allgemein anerkanntes und ausnahmsloses Princip des bürgerlichen Strafrechts und beraubt dasselbe jeder rechtlichen Schranke. Eine Handlung, durch welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, nie der beabsichtigte Zweck erreicht werden kann, ist blos subjectiv gefährlich. Ihr mag die Polizeigewalt entgegentreten, in das Gebiet des Strafrechts gehört sie nicht, sowenig wie die Drohung mit Begehung eines Verbrechens, die doch auch zugleich eine äußere Handlung ist, und die Strafgesetzgebung verkennt ihren Standpunkt gänzlich, wenn sie solche Handlungen in ihr Bereich hineinzieht.

§. 129.

Denken wir uns nun einen durch Strafgesetze geschützten Rechtszustand und versetzen uns in die Lage des Richters, welchem ein Versuch mit absolut untauglichen Mitteln zur Beurtheilung vorliegt, so wird ihn folgende Erwägung leiten müssen. Es liegt im Geiste der Strafgesetzgebung, daß sie nur gegen wirklich gefährliche Handlungen gerichtet ist, und die Gesetze, welche den rechtlichen Zustand und die Gränzen der rechtlichen Freiheit bestimmen, werden nur durch solche Handlungen verletzt und übertreten, welche auch ihrer äußern Beschaffenheit nach dem Ge-

setze widersprechen[1]). Dies kann aber, was Versuchshandlungen betrifft, nur von Denjenigen behauptet werden, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, das, was das Gesetz verhindern wollte, hervorbringen konnten; denn, unmögliche Dinge verhindern zu wollen, ist widersinnig und Sache der Thorheit. Daß die Frage, ob ein Versuch des Unmöglichen vorliege, oder nur von unzulänglichen und unwirksamen Mitteln die Rede seyn könne, bei der unendlichen Vielgestaltigkeit der Fälle zuweilen zweifelhaft seyn kann, ist zwar richtig; allein auch hier müssen wir wieder daran erinnern, daß die Schwierigkeit eines Princips in der Anwendung kein Grund ist, um dasselbe gänzlich umzustoßen, und wenn man einwenden wollte, daß dann oft lediglich vom Zufall die bürgerliche Strafbarkeit einer Handlung abhängig gemacht werde, z. B. wenn der Thäter Zucker statt Gift erhält, so dient zur Antwort, daß ein bürgerliches Strafrecht, welches den Einfluß des Zufalls ganz verbannen wollte, ein Ding der Unmöglichkeit ist, wenn man nicht den Satz aufstellt, daß das, was der Mensch gewollt hat, so gut wie die That selbst mit allen ihren Folgen sey. — Daß übrigens der Thäter, wenn der Versuch des Unmöglichen ein selbständiges Delict enthält, wegen dieses Verbrechens gestraft werden könne, bedarf kaum einer Erwähnung.

§. 130.

Daß die Annahme eines strafbaren Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln schon dem allgemeinen Begriff des Conats widerstreite, kann zwar insofern nicht behauptet werden, als man bei der Frage, ob eine Handlung ein Versuch sey oder nicht, lediglich die Absicht und Mei-

1) Wenn daher ein Dieb in der Absicht einen bewaffneten Diebstahl zu verüben, — mit leerer Scheide in das Haus eingegangen ist, so wird der Richter nicht die bloße Absicht strafen können.

nung des Handelnden berücksichtigt. Denn ich kann etwas mit tauglichen und untauglichen Mitteln versuchen und die Handlung wird immerhin, was mich betrifft, ein Versuch genannt werden können, sobald ich in der Meinung stand, ein taugliches Mittel anzuwenden. Wenn man aber nicht blos Absicht und Meinung des Handelnden berücksichtigt, sondern zugleich die Handlung ihrer äußern Erscheinung nach auffaßt, wie es bei der juristischen Beurtheilung durchaus nothwendig ist, so wird allerdings nur diejenige Handlung ein Versuch genannt werden können, welche ihrer äußern Beschaffenheit zufolge als eine zur Erreichung eines gewissen Ziels mehr oder weniger geeignete erscheint, und die Absicht des Handelnden ist nur insofern von Bedeutung, als sie die nähere Bestimmung darüber giebt, welches Ziel eigentlich gemeint sey, wenn nämlich die Handlung zur Verfolgung verschiedener Zwecke dienlich ist. Entspricht dagegen die äußere Beschaffenheit der Handlung der Absicht gar nicht, oder steht damit im Widerspruch, so kann sie kein Versuch in der practischen Bedeutung des Wortes genannt werden. Wer daher von einem Versuche spricht, Jemanden mit einem ungeladenen Gewehr todt zu schießen oder mit Zucker zu vergiften, wird auch sagen können, der Krebs mache einen Versuch vorwärts zu gehen, obgleich er sich in der That rückwärts bewegt. Noch auffallender wird die Sache, wenn man einen Anfang der Ausführung zur Strafbarkeit des Versuchs verlangt. Denn sobald man den Begriff des Anfangs der Ausführung wieder nicht rein subjectiv auffaßt, was durchaus unzulässig ist, wird man allerdings sagen müssen: Von einem Anfang der Ausführung kann vernünftiger Weise nur da die Rede seyn, wo die Ausführung möglich war; denn was man unmöglich ausführen kann, kann man auch nicht anfangen auszuführen [1]). Das Beginnen

1) Rossi Traité, Livr. II. chap. 30., nachdem er einige Beispiele

setzt die Möglichkeit des Vollendens voraus, sonst wird man von einem Thoren, welcher meint, er könne in den Himmel fliegen, und einige Fuß in die Höhe hüpft, auch sagen können, er habe einen Anfang der Ausführung gemacht.

§. 131.

II. Über die Strafbarkeit des Versuchs, wenn es an einem wesentlichen Requisit des Thatbestandes fehlt, dessen Vorhandenseyn der Thäter supponirte.

Diejenigen Rechtslehrer, welche die Strafbarkeit eines Versuchs mit untauglichen Mitteln annehmen, behaupten größtentheils, (denn Einige entscheiden, wie wir oben S. 238. gesehen haben, die beiden Fälle verschieden,) daß auch dann ein strafbarer Versuch vorliege, wenn die Handlung an einem Objecte vorgenommen werde, an welchem das beabsichtigte Verbrechen wegen Mangels eines wesentlichen Merkmals des Thatbestandes unmöglich begangen werden konnte. Gewöhnlich werden dabei solche Beispiele hingestellt, welche wohl dazu geeignet sind, das nichtjuristische Gefühl zu bestechen, wie z. B. daß einem vom Thäter für schlafend gehaltenen, in der That aber todten Menschen der Kopf

eines Versuchs mit untauglichen Mitteln u. s. w. angeführt hat, sagt mit Rücksicht auf den von ihm aufgestellten Begriff der tentative: A vrai dire c'est un abus de mots que d'appeler ces actes une tentative d'empoisonnement, de meurtre, de parricide etc. Puisque la tentative est un commencement d'exécution, il ne saurait y avoir tentative lorsqu'on se propose de faire l'impossible, ou lorsqu'on se propose de faire ce qui est possible par des moyens absolument hors de proportion avec le but. S'il n'y a pas folie, il peut y avoir perversité morale accompagnée d'ignorance ou d'erreur; mais on ne peut commencer que ce qui est possible; car l'idée de commencement suppose la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée du moyen.

zerschmettert wird, in der Absicht ihn zu tödten. Es muß aber hiernach auch ein Versuch des Ehebruchs in dem Falle bestraft werden, wo, mit Johann Owen zu reden,

Cum propria imprudens conjux uxore coivit,
Quam falso alterius credidit esse viri.

Es liegt ferner ein strafbarer Versuch der Bigamie vor, wenn eine Frau, ohne zu wissen, daß ihr Mann todt sey, sich wieder verheirathet; ein Versuch der Abtreibung, wenn eine vermeintlich Schwangere (vielleicht gar auch ein vermeintliches) Abortivmittel einnimmt; ein Versuch des Diebstahls, wenn Jemand irrthümlich eine eigene, derelinquirte, oder eine solche Sache entwendet, in deren Entwendung der Eigenthümer ohne sein Wissen eingewilligt hatte, und es ist ein strafbarer Versuch der Entführung oder des Plagiums vorhanden, wenn der Thäter statt eines Menschen — mit einem Affen oder einer Puppe davongefahren ist. Es muß ferner in unendlich vielen Fällen neben einer wirklich begangenen strafbaren Handlung noch ein Versuch eines andern (schwerern) Verbrechens angenommen werden, weil des Thäters Absicht auf Begehung desselben gerichtet war, obgleich es wegen eines Mangels im Object unmöglich begangen werden konnte. Wer also mit einem Mädchen, welches er irrthümlich für eine Ehefrau oder Verwandte hält, concumbirt, macht sich nicht blos des Stuprums, sondern auch des Versuchs des Ehebruchs oder der Blutschande schuldig; wer einen Fremden erschlägt, in der Meinung daß es ein Verwandter sey, hat einen Versuch des Verwandtenmords begangen; und wer eine Hure, ohne zu wissen daß sie es ist, gewaltsam zum Beischlaf zwingt, begeht einen Versuch der eigentlichen Nothzucht. Man behauptet also, daß es beim Versuch gar nicht auf das Daseyn der objectiven Bedingungen des Verbrechens ankomme! Genug wenn der Thäter nur ihr Vorhandenseyn supponirte und die Absicht hatte, das Verbrechen zu begehen!!

§. 132.

Wer indessen in solchen Fällen die Zulässigkeit einer bürgerlichen Strafe behauptet, entfernt sich von dem Boden des Rechts und läßt sich von dem moralischen Gefühle verleiten, gegen Grundprincipien der bürgerlichen Strafbarkeit zu verstoßen. Wir sind keineswegs gemeint, diejenigen zu tadeln, welche dem Strafrecht auch eine sittliche Grundlage geben. Nur ist eben so gewiß und ewig wahr, daß die bloße Unsittlichkeit einer Handlung nie ein Strafrecht begründen kann und daß eine verbrecherische Willensäußerung nur zu Sicherungsmaßregeln, aber nicht zur Strafe berechtigt. „Das Recht", sagt Heffter[1]), „sieht nur auf das Wirkliche und Mögliche und nicht auf den Schein, und Strafe setzt immer ein bestimmtes Verbrechen, mithin auch die Verletzung oder wenigstens Antastung eines bestimmten in concreto gültigen Rechts voraus", und Matthaeus[2]) ruft in Beziehung auf die Juristen, welche einen Menschen, qui adulterare volens praeter spem stupraverit, mit der Strafe des Ehebruchs belegen wollten, mit Recht aus: Verum hi non ut Jurisconsulti manu, sed ut Philosophi mente maleficium hoc metiri videntur, dum solam adulterii cogitationem ad poenam gladii sufficere putant! — Es würde übrigens unnöthig seyn, über diese Frage noch viel Worte zu verlieren. Dieselben Gründe, welche gegen die Strafbarkeit des Versuchs mit ganz untauglichen Mitteln streiten, treten auch der Strafbarkeit eines Versuchs an einem Object, an welchem das Verbrechen unmöglich[3]) begangen werden konnte, in den Weg,

1) Lehrb. des Criminalrechts §. 36. Es scheint nicht unpassend zu seyn, wenn Heffter die obigen Fälle durch Wahn- oder putative Verbrechen bezeichnet.

2) De crimin. Lib. XLVIII. tit. III. cap. 2. §. 6.

3) Wir erinnern nochmals daran, daß diese Fälle nicht mit denjenigen zusammengeworfen werden dürfen, wo an einem möglichen

und es kann auch hier von einem Versuch in objectiver Hinsicht gar nicht die Rede seyn. — Nur Folgendes mag, bevor wir uns zur Betrachtung des positiven Rechtes wenden, noch bemerkt seyn. Man hat für die Strafbarkeit des Versuchs des Unmöglichen noch angeführt, daß die entgegenstehende Meinung für die bürgerliche Sicherheit gefährlich sey, namentlich in Kindermordsfällen [1]) und bei Diebstählen, indem die Mutter, welche ihr neugebornes Kind lebensgefährlich, mit dem Vorsatz es zu tödten, mißhandelte, straflos bleiben müßte, wenn das Leben des Kindes nicht erwiesen werden könnte u. s. w. [2]). Allein man lasse sich durch einen solchen blos criminalpolitischen Grund nicht täuschen! Die Politik kann zwar gebieten, eine Handlung nicht zu strafen, wo sich sonst wohl eine Strafe rechtlich begründen ließe, sie kann aber umgekehrt nicht die Strafbarkeit einer nach Rechtsgründen straflosen Handlung rechtfertigen. Will man den Grund, daß es gefährlich sey, in solchen Fällen nicht zu strafen, gelten lassen, so wird man mit demselben Rechte sagen können: Daß ein des Verbrechens sehr verdächtiges, aber nicht völlig überwiesenes Individuum nicht soll gestraft werden können, ist ein sehr gefährlicher Satz, also — muß wenigstens eine

Gegenstand des Verbrechens, mit tauglichen Mitteln, die aber wegen der besondern Beschaffenheit des Gegenstandes unwirksam sind, ein Versuch begangen wird, z. B. es stößt ein Bandit mit dem Dolch nach einem Menschen, der einen undurchdringlichen Panzer trägt; oder einem Andern, dem das Gift nicht schadet, wird Gift eingegeben; — denn in diesen Fällen liegt wirklich eine auch ihrer äußern Beschaffenheit nach gefährliche und rechtswidrige Handlung vor.

1) Einen Fall dieser Art mit einem Urtheil der Göttinger Juristenfacultät s. z. B. in Hitzigs Zeitschrift (Annalen) für deutsche u. ausländ. Criminalrechtspfl. Hft. I. S. 68 ff.

2) Entwurf eines Strafgesetzb. für das Königr. Würtemberg nebst den Motiven. Stuttgard 1836. S. 232 f.

außerordentliche Strafe zulässig seyn! Sind vielleicht dergleichen Folgerungen nicht gemacht und gesetzlich sanctionirt worden [1]? Es ist aber, sollte man meinen, doch endlich an der Zeit, sich von den alten Sünden frei zu halten! In dieser Beziehung haben die Französischen Gerichte und Juristen offenbar mehr juristischen Tact und Consequenz, als wir Deutschen. Das die Strafbarkeit der That objectiv bedingende Merkmal, also z. B. in Kindermordsfällen, das Leben des Kindes, wird in der ersten Frage an die Spitze gestellt, und wird diese Frage verneint, so ist es entschieden, daß die Lossprechung erfolgen muß [2].

§. 133.

Werfen wir nun einen Blick auf das positive Recht und zwar

1. auf das Römische Recht, so würden wir schnell mit der Entscheidung fertig seyn, wenn es wahr wäre, daß die Römer bei der Bestrafung nur auf das Daseyn des bösen Willens gesehen und sich um die äußere Beschaffenheit der That gar nicht bekümmert hätten, wie man wohl den Ausspruch Hadrians: In maleficiis voluntas spectatur non exitus verstanden hat. Demgemäß hat sich denn auch Cropp [3], welcher das Römische Recht auch in Beziehung auf diese Frage erörtert, dafür entschieden, daß objective Gefährlichkeit zur Strafbarkeit des Versuchs nicht erforderlich sey, macht indessen wieder einen Unterschied zwischen

1) Man denke an die Verdachtsstrafe des Preußischen Rechts und an die zum Theil empörenden Bestimmungen des Baierischen Strafgesetzbuches über Bestrafung des Kindermords bei unvollständigem Begriff des Verbrechens Th. I. Art. 160—165. Feuerbachs Theorie vom Mangel des Thatbestandes als Milderungsgrund hat hier viel Unheil angerichtet!

2) Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 554. Ebenso verfährt, wie Mittermaier anführt, die Englische Jurisprudenz.

3) De praecept. jur Rom. circa puniend. conat. p. 37 seqq.

delicta graviora und leviora, indem nur bei jenen die Absicht entscheiden soll, und beschränkt, was die Frage über Tauglichkeit der Mittel betrifft, seine Ansicht auch noch dahin, daß er ein wenigstens seinem Namen nach taugliches Mittel verlangt, z. B. Zucker statt Gift, wogegen Derjenige, welcher z. B. imprecationibus vitae alterius insidias struxit, straflos seyn soll. Was dagegen den andern Fall betrifft, wenn es dem Object des Verbrechens an einem wesentlichen Merkmal desselben fehlt („puta Cajus, cum Sempronia concumbere volens, cum propria uxore concubuit"), so ist Cropp, wenngleich er dabei noch zwei Fälle unterscheidet, (ob nämlich die Sempronia in rerum natura sey oder nicht) — von welchen der eine bedenklicher seyn soll als der andere, — geneigt in beiden Fällen Straflosigkeit anzunehmen, „quum homines eorum magis rationem habere soleant, quae facta sunt, quam quae agebantur, et stultum derideant, qui tam perverse et stolide res agendas instituit, ut alia prorsus inde prodirent, quam quae spectabat", was Cropp dann durch einige Stellen zu belegen sucht. — Lelièvre[1]) dagegen glaubt, daß zwar in den Fällen, wo das Römische Recht bei einem Verbrechen überhaupt die voluntas für strafbar erkläre, auf die Beschaffenheit des Mittels nichts ankomme, wohl aber da, wo es eine bestimmte Handlung bedrohe.

§. 134.

Wir sind indeß überzeugt, daß auch in Beziehung auf diese Fragen die Römer durchaus dem Principe getreu geblieben sind, daß eine Handlung nur insofern bestraft werden könne, als sie wirklich ihrer äußern Beschaffenheit nach sich unter das Gesetz subsumiren lasse[2]), und daß es ihnen nie ein-

1) De conat. delinq. p. 118. 119.

2) Insofern wird denn auch der Versuch der Tödtung durch Zaube-

gefallen ist an die Strafbarkeit einer Vergiftung ohne Gift, oder eines Versuchs einem Todten das Leben zu rauben auch nur zu denken. An Belegen für unsere Ansicht wird es nicht fehlen; auch wird sich hieraus wieder ergeben, daß die s. g. delicta publica und privata im Wesentlichen nach gleichem Principe behandelt worden sind. Wenn also, was zunächst die crimina publica betrifft, die Lex Cornelia auch Denjenigen der gesetzlichen Strafe unterwirft, qui hominis necandi causa cum telo ambulaverit [1]), und im 5ten Kapitel Denjenigen, qui venenum necandi hominis causa fecerit [2]), wenn wir dann ferner genau bemerkt finden, was unter telum [3]) und venenum [4]) zu verstehen sey, so würde es allen anerkannten Regeln über die Anwendung der Gesetze widersprochen haben, wenn man Denjenigen, welcher zwar die tödtliche Absicht hatte, aber ohne ein wirkliches telum oder schädliches venenum eine Handlung vorgenommen hatte, der gesetzlichen Strafe

rei strafbar seyn, weil die Römer noch von der Möglichkeit der artes magicae ausgiengen. Cf. L. 4. Cod. IX. 18. Es wird dies aber wohl Niemand als einen Beweisgrund dafür benutzen wollen, daß die Römer auch einen Versuch mit untauglichen Mitteln gestraft hätten.

1) L. 1. pr. D. ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.)

2) L. 3. pr. D. eod. Cicero pro Cluentio c. 54. Jubet lex — quaerere de veneno. — Ita loquitur: qui venenum malum fecit, fecerit.

3) Worunter, wenn man auch den Begriff von telum nicht in seiner engern Bedeutung nahm, doch immer ein zum Verletzen geeignetes Werkzeug verstanden wird. Paulus S. R. Lib. V. tit. 23. §. 7. L. 54. §. 2. D. de furtis (XLVII. 2.) L. 9. D. ad L. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.) L. 233. D. de V. S. cf. Sanio ad L. Cornel. de sicar. Cap. III. p. 70 seqq.

4) L. 3. §. 2. D. ad L. Corn. „Adjectio autem ista, veneni mali ostendit, esse quaedam et non mala venena. — Sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habetur". L. 236. D. de V. S.

hätte unterwerfen wollen. Etwas anderes wäre es, wenn sich z. B. das Gift bei der Anwendung durch die Mischung neutralisirt hätte. Daß die Handlung dieses Letztern unter das Gesetz fiel, konnte, wie auch Seneca annahm, nicht bezweifelt werden. — Ebenso kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß, da die Lex Julia de adulteriis zum Begriff des Ehebruchs eine wirkliche Ehefrau und zum stuprum eine mulier honesta und eine freie Person verlangte[1]), es nie einem Römer eingefallen seyn wird zu behaupten, der bloße Wahn des Thäters, der vielleicht seine eigene Frau oder eine Sclavin umarmte, könne den Mangel jener objectiven Erfordernisse ersetzen[2]). — Noch bestimmtere Belege finden sich in Beziehung auf das falsum. Wir haben schon oben (§. 74.) die wichtige L. 6. D. ad L. Corn. de fals. in einer andern Beziehung hervorgehoben, worin so deutlich als möglich die Ansicht ausgesprochen wird, daß von keiner Strafe die Rede seyn könne, sobald es an einer nothwendigen objectiven Bedingung des Verbrechens fehle. Ebenso merkwürdig ist aber eine andere Stelle[3]), wo es heißt:

> Sed et si ei servo, qui bona fide servit, aliquid adscripsit: quamquam ad cogitationem animi nocens est: quia ei adscribit, quem suum putat: sed quoniam neque legatum, neque hereditas bonae fidei possessori acquiritur, dicamus eum poena eximendum esse.

Denn hier ist doch wohl sonnenklar ausgesprochen, daß die bloße Meinung des Thäters den Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses (hier: eines eigenen Sclaven) nicht ersetzen könne. — Wenn ferner Africanus[4]) sagt:

1) L. 6. pr. §. 1. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.)
2) Vergl. auch L. 22. 23. Cod. ad L. Jul. de adult. (IX. 9.)
3) L. 22. §. 4. D. ad L. Corn. de fals. (XLVIII. 10.)
4) L. 38. §. 6. D. de poen. (XLVIII. 19.)

Testamentum, quod nullo jure valet, impune supprimitur: nihil est enim, quod ex eo aut petatur aut consistere possit —

so kann diese Stelle [1]) offenbar nur von dem Falle verstanden werden, wo der das Testament Unterschlagende nicht wußte, daß es ungültig sey, also in der Meinung stand, eine in den Gesetzen wirklich verpönte Handlung zu verüben [2]), und giebt daher einen neuen Beleg für unsere Ansicht ab. Endlich beweist noch eine andere Stelle [3]), daß wenn das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen eine sonst strafbare Handlung für straflos erklärt, der Thäter auch dann von Strafe frei bleibt, wenngleich er das Vorhandenseyn jener die Straflosigkeit bedingenden factischen Voraussetzungen nicht kannte und in der Meinung gestanden haben mußte, daß er eine strafbare Handlung begehe. — Wenn übrigens Cropp [4]), anerkennend, daß das Römische Recht nach mehrern Stellen den in äußere Handlungen übergegangenen bösen Willen zur Strafbarkeit nicht als genügend betrachte, wenn

1) Wie schon Cropp de praec. Sect. I. p. 40. richtig bemerkt.

2) Daß da, wo Jemand glaubte, das, was er thue, sey gesetzwidrig, was es in der That nicht ist, keiner Strafe unterliegen könne, versteht sich wohl von selbst, obwohl auch dafür Belege aus dem Röm. Recht angeführt werden könnten. Die Verschiedenheit dieses Falles leuchtet übrigens ein. Denn hier ist von einem error juris, dort von einem error facti die Rede. S. auch Oerstedt Grundregeln S. 169.

3) L. 4. Cod. Ad L. Jul. de adult. (IX. 9.) Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit: quod legitime factum est, nullam poenam meretur. Schon Cropp l. c. p. 39. legt mit Recht Gewicht auf das Wort noctu, woraus man schließen kann, daß Numerius nicht gewußt hatte, wen er tödte, und daß der dadurch entstandene Zweifel über seine Straflosigkeit die Anfrage beim Kaiser veranlaßt hatte.

4) Sect. I. p. 44.

nicht auch die Handlung ihrer äußern Beschaffenheit nach eine gesetz- oder rechtswidrige sey, dennoch glaubt, man müsse zwischen schweren und leichten Delicten unterscheiden und jene Stellen auf die letztern beschränken, — so fragt sich hier wieder, wo soll denn die Gränze seyn, und war denn das falsum, wovon jene Stellen reden, nach der Ansicht der Römer ein leichtes Delict?

§. 135.

Dieselben Grundsätze befolgen die Römer bei den Privatdelicten und den criminibus extraordinariis. Auch hier fällt die öffentliche oder Privatstrafe weg, wenn es der Handlung an einem wesentlichen Merkmale des Begriffes fehlt. Daher findet z. B. die furti actio gegen den Commodatar nicht Statt, wenn der Eigenthümer die widerrechtliche Ausdehnung des Gebrauchs der Sache ohne Wissen des Commodatars gestattet hatte [1]), und es ist auch kein furtum vorhanden, wenn der Eigenthümer, ohne daß es der Entwendende wußte, in die Entwendung der Sache eingewilligt hatte [2]). Ebensowenig wird an einer wirklich derelinquirten Sache, ohne Rücksicht auf die Meinung des Entwendenden ein furtum begangen [3]), und die Frage, ob derjenige, welcher einen Sclaven verleitet

1) §. 1. Inst. de Obl. quae ex del. (IV. 1.) Den umgekehrten Fall s. in L. 76. D. de furt. (XLVII. 2.)

2) Zwar wird in L. 46. §. 8. D. eod. angeführt, Pomponius sey der Meinung gewesen, „si ego me invito domino facere putarem cum dominus vellet — furtum me facere". Diese Ansicht wird aber von Ulpian gemißbilligt. Cf. Gajus III. §. 198.

3) L. 43. §. 5. 10. 11. D. de furtis. u. L. 6. D. Expil. hered. (XLVII. 19.) Paulus lib. I. ad Neratium. Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti: furtum te facere respondit. *Paulus:* Rei hereditariae furtum non fit: sicut nec ejus quae sine domina est. Et nihil mutat existimatio subripientis.

hatte, seinem Herren, eine Sache zu entwenden, mit der servi corrupti oder furti actio belangt werden könne, wenn der Herr dem den Antrag entdeckenden Sclaven die Überbringung der Sache gestattet hatte, wurde von den ältern Juristen gewiß ganz richtig und consequent dahin beantwortet: „neutro (judicio) eum teneri: furti ideo, quod non invito me res contrectaret; servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est“ 1). Allein Justinian entschied sich in der L. 20. Cod. de furtis für die Meinung, daß beide Klagen stattfänden 2); daß aber aus dieser, einen sehr speciellen Fall betreffenden Entscheidung keine allgemeine Regel entlehnt werden könne, dürfte wohl keiner weitern Ausführung bedürfen.

§. 136.

Wir glauben durch das Bisherige nachgewiesen zu haben, daß es ebenso sehr dem Geiste als ausdrücklichen Aussprüchen des Römischen Rechts widersprechen würde, wenn wir annehmen wollten, daß die Römer, um uns kurz auszudrücken, keine objective Gesetzwidrigkeit oder Gefährlichkeit der Handlung zur Strafbarkeit des Versuchs verlangt hätten. Noch weniger kann aber bezweifelt werden, daß dies gemeinrechtlich eine Grundbedingung für die Strafbarkeit des Versuchs sey, wenn wir

2. die peinliche Gerichtsordnung darüber zu Rathe ziehn. Denn abgesehen davon, daß eine Bestrafung eines Versuchs mit untauglichen Mitteln dem Geiste des Germanischen Rechts noch viel mehr widerspricht, als dem des Römischen, verlangt das Gesetz ausdrücklich zur Strafbarkeit der unterstandenen Missethat: scheinliche Werke, so zur Vollbringung der Missethat dienstlich seyn mögen. Hierdurch werden zwar die Versuche mit wirk-

1) Gajus Lib. III. §. 198.

2) S. oben S. 164. cf. §. 8. Inst. de obl. quae ex del. (IV. 1.)

lich dienstlichen oder tauglichen, aber in concreto unzulänglichen oder unwirksamen Mitteln nicht für straflos erklärt, allerdings aber die Versuche mit absolut untauglichen Mitteln und an einem Object, an welchem das Verbrechen unmöglich hervorgebracht werden konnte, und es heißt dem Gesetze Gewalt anthun, wenn man, seiner theoretischen Ansicht zu Liebe, noch eine Unterscheidung zwischen den absolut untauglichen Mitteln in das Gesetz hinein interpretiren will. Lege non distinguente non nostrum est distinguere! Das Gesetz verlangt Handlungen, welche das Verbrechen hervorbringen können (mögen), und nicht blos solche, welche der Handelnde für dienstlich gehalten hat, wie auch die Übersetzung von Gobler beweist [1]), und wenn die P. G. O. bald darauf erklärt, daß „solch böser Will" gestraft werden solle, so hat sie doch damit keineswegs sagen wollen, daß es nur auf das Daseyn des bösen Willens ankomme, und setzt, um diesen möglichen Irrthum zu vermeiden, daher weislich gleich hinzu: „daraus etlich werk, als obsteht, folgen". Es kann daher nur gebilligt werden, wenn Hepp [2]), obgleich er nach allgemeinen Gründen andrer Ansicht ist, doch anerkennt, daß nach Art. 178 der P. G. O. das versuchte Verbrechen nicht gestraft werden könne, sobald die Handlung nicht objectiv gefährlich sey, ohne Unterschied ob der Grund in der Untauglichkeit des Mittels oder in der Beschaffenheit des Objects liege, weil „Werke" jede äußere Handlung bezeichnet, welche zur Ausführung des Verbrechens vorgenom-

1) S. oben S. 224. Übrigens muß zu den dienstlichen Werken vermöge des zur Zeit der P. G. O. noch allgemein herrschenden Aberglaubens auch der Verkehr mit bösen Geistern oder die Zauberei gerechnet werden. P. G. O. Art. 109. „Item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachtheyl zufügt, soll man straffen vom leben zum todt" u. s. w.

2) Versuche S. 324.

men wird. Auch ist weder die Meinung Tittmann's[1]) zu billigen, wonach die Worte der P. G. O. nichts beweisen sollen, weil dieselbe nur den gewöhnlichen Fall des Versuchs angebe und die ungewöhnlichen nicht ausschließe, indem dies zu einer bodenlosen Willkühr in Anwendung der Strafgesetze führen würde; — noch die Ansicht Jordan's[2]), welcher meint, daß zwar ein Versuch mit untauglichen Mitteln nach der P. G. O. nicht gestraft werden könne, wohl aber ein Versuch an einem Objecte, an welchem das Verbrechen nicht hervorgebracht werden konnte. Denn, wie schon bemerkt wurde, müssen dienstliche Werke überhaupt von Handlungen verstanden werden, welche ihrer äußern Beschaffenheit nach das Delict möglicher Weise hervorbringen können.

§. 137.

Was endlich 3. die neuern Gesetzgebungen betrifft, so kann es hinsichtlich des Französischen Rechts keinem Zweifel unterliegen, daß der Versuch mit untauglichen Mitteln bürgerlich straflos sey. Denn das Gesetz[3]) verlangt bei der Vergiftung ausdrücklich substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, und wenn demnach bei einem der schwersten Verbrechen Tauglichkeit der angewendeten Mittel erforderlich ist, so muß es um so viel mehr bei geringern Verbrechen der Fall seyn. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn an dem Objecte des Versuchs die Rechtsverletzung nicht möglich war, z. B. an einem Leichnam, und nicht ohne Grund ist die Ansicht, daß schon dadurch, daß das Gesetz zur Strafbarkeit des Versuchs un commencement d'exécution verlangt, wodurch

1) Handb. Th. I. §. 96. S. dagegen Hepp a. a. O. und Jordan, de nonnull. controvers. p. 21.

2) a. a. O. §. 8. vergl. mit §. 5.

3) Code pénal. Art. 301.

auf einen nothwendigen Causalnexus hingedeutet wird, die Strafbarkeit des Versuchs des Unmöglichen ausgeschlossen werde, was auch durch Urtheile des Cassationshofes mehrmals anerkannt worden ist [1]). Dagegen nahmen die Verfasser des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Italien von 1806 wenigstens keine peinliche Strafe für den Versuch mit untauglichen Mitteln an [2]), während das Gesetzbuch für den Canton Tessin von 1816 ausspricht [3]): Non vi è attentato di delitto per sua natura d'impossibile esecuzione o per l'oggetto o per la natura dei mezzi. — Unter den Deutschen Gesetzgebungen fordert das Östterreichische Gesetzbuch v. 1803 zur Strafbarkeit des Versuchs, daß der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen habe, und man sollte also meinen, daß hiernach ein Versuch mit untauglichen Mitteln, der doch wahrhaftig nie zur wirklichen Ausübung des Verbrechens führen kann, nicht bestraft werden könne. Dessenungeachtet glaubt Jenull, daß nach diesem Gesetzbuche auch Derjenige wegen criminellen Versuchs gestraft werden könne, welcher statt Giftes ein ganz unschädliches Pulver anwendete, indem er einen künstlich gebildeten Unterschied zwischen der überhaupt zur Ausführung gewählten Handlung und der Unternehmung selbst in das Gesetz hineininterpretirt [5]).

1) Vergl. Lelièvre de conat. delinq. p. 225 — 227. Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 551. 552. Rossi Traité, Livr. II. chap. 30. Vergl. oben S. 247.

2) Art. 439. Chi avendo in animo di commettere omicidio usa per errore di un mezzo non idoneo alla consummazione del delitto é punito con casa di correzione non minore di un anno.

3) Art. 47.

4) Th. I. §. 7.

5) Östterreich. Criminalr. Th. I. S. 197. 199. „Denn die Beschaffenheit eines zur wirklichen Ausübung führenden Mittels", sagt

§. 138.

Daß nach Preußischem Rechte 1) auch der Versuch mit untauglichen Mitteln gestraft werden muß, unterliegt keinem Zweifel, und was das Baiersche Strafgesetzbuch von 1813 betrifft, so ist schon oben bemerkt worden, daß Feuerbach's im Entwurfe ausgesprochene Ansicht bei der Redaction desselben nicht gebilligt wurde. Man hat sich aber begnügt, in dem Gesetzbuch die hierher gehörige Stelle des Feuerbachischen Entwurfes zu streichen, so daß das Gesetz selbst keinen ausdrücklichen allgemeinen Ausspruch über unsere Frage enthält. Dagegen wird in den officiellen Anmerkungen 2), deren Auslegung die Gerichte zu befolgen haben, kurz angeführt, daß es genüge (?), wenn die äußere Handlung in der Absicht des Handelnden zu dem Verbrechen im Verhältniß eines Mittels zum Zwecke stehe. Ob er das rechte Mittel wählte oder nicht, sey für den Begriff des Versuchs gleichgültig (?); und deswegen rede der Art. 57. nur davon, daß die äußere Handlung auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtet war. Es folgen dann einige Beispiele zur Erläuterung, wobei man wieder sehen kann, wie die unzu-

Jenull, braucht nach Vorschrift des Gesetzes nur der überhaupt zur Ausführung gewählten Handlung, keineswegs aber der Unternehmung dazu nothwendig anzukleben". Dagegen soll Derjenige, welcher z. B. sympathetische Mittel wählte, straflos seyn, weil dann keine zur wirklichen Ausübung führende Handlung vorhanden sey, worauf das Unternehmen sich bezöge. — Hinsichtlich des Falles, wenn „das Rechtsobject der versuchten Verletzung nicht angetroffen wird", unterscheidet Jenull S. 200. (ungefähr wie Cropp), ob dasselbe zur Zeit der That überhaupt nicht mehr existirte, außer in der Vorstellung des Handelnden, oder ob es sich nur dort nicht vorfand, wo es der Handelnde suchte. Nur im ersten Falle sey kein strafbarer Versuch vorhanden.

1) Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 866.

2) Th. I. S. 177.

länglichen mit den absolut untauglichen Mitteln vermischt werden. — Auch die neuern Deutschen Strafgesetzentwürfe huldigen meistens der Ansicht, daß objective Gefährlichkeit zur Strafbarkeit des Versuchs nicht erforderlich sey; so die Sächsischen Entwürfe von Stübel[1]) und Tittmann[2]), der Hannoversche[3]) und der Würtembergische Entwurf[4]), welche gelegentlich schon erwähnt wurden. Übereinstimmend ist der Norwegische Entwurf[5]), nach welchem es auch genügt, wenn der Schuldige die angewendeten Mittel nur für dienlich gehalten hat. — Daß übrigens einige Gesetzgebungen, wie z. B. die Würtembergische und Hannöversche wegen der mangelnden objectiven Gefährlichkeit doch eine geringere Strafbarkeit des Thäters anerkennen, ist eine nicht hier, sondern im Kapitel von der relativen Strafbarkeit zu betrachtende Bestimmung.

1) Entw. eines Crim. Gesetzb. für das Königr. Sachsen. §. 177.

2) Entw. eines Strafgesetzb. für Sachsen. §. 292. 293.

3) Art. 47. (revid. Entw. Art. 40.) und Bauer's Anmerk. dazu Th. I. S. 404 ff. Th. II. S. 115 ff. S. jedoch die Bemerkung in Note 2. §. 123. welche auch auf die übrigen neuern legislativen Versuche Anwendung leidet, worin blos von der Untauglichkeit der Mittel die Rede ist.

4) von 1835. Art. 66. Dieser Entwurf unterscheidet genauer die Untauglichkeit und unzweckmäßige Anwendung der Mittel von dem Falle, „wenn der Versuch deswegen mißlungen ist, weil irriger Weise bei einer Person oder Sache eine Eigenschaft vorausgesetzt worden war, ohne welche das beabsichtigte Verbrechen nicht begangen werden konnte".

5) Kap. III. §. 5.

Viertes Kapitel.

Von der Concurrenz versuchter und vollendeter Verbrechen.

§. 139.

Einleitung.

Begreiflicher Weise ist die Lehre von dem Zusammenflusse mehrerer Verbrechen desselben Thäters, welche Gegenstand eines richterlichen Urtheils werden, nicht auf das Zusammentreffen mehrerer vollendeter Verbrechen beschränkt, sondern es können auch versuchte und vollendete Verbrechen formell oder materiell mit einander concurriren. Nimmt man keinen culposen Versuch an, so können sie zwar nicht beide, insofern wir uns auf die kleinste Mehrzahl beschränken, fahrlässige Delicte seyn, wohl aber beide absichtliche, oder nur das eine ist durch Fahrlässigkeit begangen, das absichtliche aber nur ein versuchtes. Ohne besonderes Interesse sind nun ohne Zweifel diejenigen Fälle, in welchen durch ganz verschiedene, in keinem Zusammenhange stehende, nicht hinsichtlich des nämlichen Gegenstandes verübte Handlungen eine materielle Concurrenz eines vollendeten und eines versuchten Verbrechens vorliegt. Dagegen wird I. die Frage, ob durch die nämliche Handlung ein versuchtes und ein vollendetes Verbrechen begangen sey, in manchen Fällen zweifelhaft erscheinen können, wenngleich sie meistens leicht

zu entscheiden seyn wird, sobald man nur die Regel festhält, daß der Thatbestand beider Vergehen sich müsse erkennen lassen, ohne daß der des Einen mit zu dem des Andern gehört, und nur das mag vorläufig bemerkt werden, daß beide Verbrechen entweder versuchte oder vollendete seyn müssen, sobald sie hinsichtlich der Consummation ein und dasselbe Requisit haben, wie z. B. Ehebruch und Blutschande, wogegen z. B. die Nothzucht, welche den Tod der Genothzüchtigten zur Folge gehabt hat, sehr wohl nur eine versuchte seyn kann, während das Verbrechen der Tödtung als vollendetes erscheint, wenngleich der eingetretene Tod dem Thäter nur zur Culpa zuzurechnen ist. — Schwierig wird auch II. zuweilen die Entscheidung der Frage seyn, ob bei zwei aufeinander folgenden, gegen dasselbe Object gerichteten, aber zu verschiedenen Zwecken vorgenommenen Handlungen eine Verbrechens-Concurrenz oder nur ein Verbrechen anzunehmen sey.

§. 140.

I. Fälle der idealen Concurrenz.

Betrachten wir jetzt zunächst einige Fälle etwas näher, welche bei Annahme einer Verbrechens-Concurrenz recht eigentlich zum idealen concursus delictorum gehören würden, so fragt sich A. ob überall ein Zusammenfluß eines versuchten und vollendeten Verbrechens juristisch behauptet werden könne, wo Jemand eine auf Verübung eines Verbrechens gerichtete Handlung vornimmt, welche, wenn man des Verbrechers weiter gehende Absicht unberücksichtigt läßt, schon ein selbständiges Delict bildet? Diese Frage wird von den meisten neuern Criminalisten bejaht und man hat für die dahin gehörigen Fälle den Namen „qualificirter Versuch" erfunden, obgleich dieser Ausdruck jedenfalls in mehrfacher Hinsicht unpassend genannt werden muß, wie schon

Hepp 1) und Bauer 2) nachgewiesen haben. Zur richtigen Beantwortung dieser Frage muß folgender Maßen unterschieden werden: Entweder ist die auf Verübung des beabsichtigten Verbrechens gerichtete Handlung wesentlicher Theil des Thatbestandes des letztern und durchaus nothwendig um das beabsichtigte Verbrechen hervorzubringen; — oder dies ist nicht der Fall und der Verbrecher hat willkührlich diese Handlung als ein Mittel zur Erreichung seines verbrecherischen Zweckes gewählt. Im ersten Fall liegt keine Concurrenz eines versuchten und vollendeten Verbrechens vor, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil es an einer solchen auch fehlen würde, wenn es zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens gekommen wäre, und es in der That widersinnig ist, dann, wenn es bei einem bloßen Versuche blieb, deshalb von einer Concurrenz zu reden; im zweiten dagegen kann sie angenommen werden, doch ist bei der Frage, ob das beabsichtigte Verbrechen als ein versuchtes gestraft werden könne, darauf zu sehen, ob die ein vollendetes Verbrechen enthaltende Handlung zur Ausführung oder nur zur Vorbereitung des beabsichtigten Verbrechens gehörte. Denn auch hier ist die Regel festzuhalten, daß Vorbereitungshandlungen im Allgemeinen als straflos zu betrachten sind. Einige Beispiele werden die Sache näher erläutern. Wenn Jemand ein Weib thätlich überwältigt, um sie zu nothzüchtigen, „die Frau oder Jungfrau aber sich seiner erwehrte oder sonst von solcher Beschwerniß errettet würde", so liegt, wie auch die Gesetze anerkennen 3), nur ein Versuch der Nothzucht vor, und man kann hier so wenig von einem damit

1) Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtsw. S. 366.

2) Lehrb. des Strafrs. §. 65. Not. a. Weil er nur den einen Fall bezeichnet, wo das versuchte Verbrechen das schwerere ist.

3) P. G. O. Art. 119.

concurrirenden Verbrechen der Gewaltthätigkeit sprechen, als es zulässig seyn würde, beim Beischlaf mit einer fremden Ehefrau von Concurrenz eines Stuprums und eines Ehebruchs zu reden. Dasselbe gilt z. B. von Gewaltthätigkeit gegen eine Person, um sie zu berauben. Denn die Gewalt ist hier das nothwendige, zum Thatbestande des Raubes, der Nothzucht u. s. w. gehörige Mittel und bildet insofern kein selbständiges Verbrechen mehr; womit wohl alle Criminalisten einverstanden seyn werden. Dagegen nehmen in einem andern, nach unserer Ansicht auch hierher gehörigen Falle, wie es scheint ganz inconsequent [1]) und ohne gesetzliche Begründung [2]), die neuern Criminalisten [3]) (denn

1) Die Inconsequenz liegt theils darin, daß man in andern ebenso zu beurtheilenden Fällen nicht an eine Concurrenz denkt, theils darin, daß es noch Niemanden eingefallen ist, in solchen Fällen eine Concurrenz zweier vollendeter Verbrechen anzunehmen.

2) Denn was das Römische Recht betrifft, so wird bei der Klage ex L. Aquilia nur auf den äußern Erfolg gesehen, z. B. L. 11. §. 3. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) und bei der Anwendung der Lex Corn. de sicar. war es einerley ob blos Verwundung oder der Tod die Folge der absichtlichen Handlung war. Daraus, daß die actio Legis Aquiliae mit dem judicium publicum ex Lege Cornelia concurrirte und also z. B. wenn ein Sclave in tödtlicher Absicht verwundet worden war, eine actio de servo vulnerato erhoben und der Thäter zugleich ex L. Corn. angeklagt werden konnte, cf. L. 23. §. 9. D. ad L. Aquiliam, folgt nicht, daß wir berechtigt seyen, darauf eine Concurrenz zweier öffentlicher Verbrechen zu gründen. Noch weniger läßt sich aus der P. G. O. ein Anhalt für die gewöhnliche Lehre gewinnen.

3) z. B. Feuerbach, Bauer und A. Dagegen erklärte sich wohl zuerst Hepp in den Versuchen S. 365 — 368. Nur enthält die Note *) S. 367. offenbar keine Berichtigung, sondern einen neuen Irrthum. Von einem crimen vis kann bei einer ohne weitere Zwecke zugefügten Verwundung nie die Rede seyn. Denn es fehlt das nothwendigste Requisit des crimen vis, daß der Wille einer Person durch Gewalt zu einem Thun, Leiden, oder Unterlassen bestimmt werden soll, und nicht jede Handlung, wobei

die älteren bis auf Carpzov herunter und noch spätere wissen davon nichts) eine Concurrenz eines versuchten und vollendeten Verbrechens oder einen s. g. qualificirten Versuch in dem Falle an, wenn Jemand in tödtlicher Absicht eine Handlung vornahm, welche eine Körperverletzung zur Folge gehabt hat, indem dann Versuch der Tödtung und vollendete Körperverletzung mit einander concurriren soll. Diese Annahme widerspricht aber 1. dem Begriff der Körperverletzung als eines besondern Verbrechens, welche ja nicht tödtliche Absicht voraussetzt, und ist 2. auch in sofern unrichtig, als ja die Körperverletzung das durchaus nothwendige Mittel zur Ausführung der auf Tödtung gerichteten Absicht war [1]). Einwenden könnte man dagegen, daß, wenn man hier keine Concurrenz eines versuchten und vollendeten Verbrechens annehmen wolle, die Handlung als ganz straflos erscheine, sobald der Verbrecher aus freiem Willen von der Vollendung der beabsichtigten That abgestanden sey. Dieser Einwand, der eigentlich erst unten in der Lehre von der Straflosigkeit des Versuchs wegen der freiwillig unterlassenen Vollendung seine Stelle fin-

physische Gewalt angewendet wird, ist ein crimen vis. Freilich waren, als Hepp diese wunderbare Äußerung niederschrieb, die trefflichen Abhandlungen Wächters über das Verbrechen der Gewaltthätigkeit noch nicht erschienen.

1) Ob man auch noch mit Hepp sagen könne, daß, wenn man in einem solchen Falle die Verwundung als besonderes Verbrechen auffassen wollte, für den Versuch eigentlich nur die nuda cogitatio, die bloße tödtliche Absicht, ohne äußere Handlung übrig bliebe und daß man daher, wenn man auch diese strafen wollte, gegen den Grundsatz poenam cogitationis nemo patitur fehlen würde, — mag als bedenklich erscheinen, indem damit die ganze ideale Concurrenz der Verbrechen — welche doch die Gesetze bestimmt anerkennen — verworfen werden würde. Denn offenbar muß man in jedem der dazu gehörigen Fälle die äußere Handlung eigentlich zweimal in Anschlag bringen.

den würde, ist aber nur scheinbar. Denn wenn wir auch zugeben, daß der Verbrecher in solchen Fällen, wo der Versuch schon eine Rechtsverletzung enthält, nicht straflos entlassen werden könne, so kann doch die richtige juristische Ansicht der Sache nur die seyn, daß vermöge der freien Willensänderung des Thäters die Handlung auch hier die Eigenschaft eines strafbaren Versuchs verliert, und nun rechtlich so zu beurtheilen ist, als wäre die auf Raub, Nothzucht oder Tödtung gerichtete Absicht gar nicht vorhanden gewesen.

§. 141.

Was den zweiten der oben angedeuteten Fälle betrifft, wenn nämlich Jemand ein Verbrechen als Mittel zur Verübung eines andern begeht, ohne daß jenes in dem Thatbestande des letztern nothwendig enthalten ist, so können wir unter Andern zur Erläuterung der gemachten Unterscheidung das Beispiel wählen, daß Jemand eine Brandstiftung zu dem Zwecke verübt, um bei der trepidatio incendii zu stehlen. Hier wird er als Brandstifter bestraft. Ob dagegen auch noch ein strafbarer Versuch des Stehlens angenommen werden könne, muß sehr bezweifelt werden, da die Brandstiftung offenbar nur Vorbereitungshandlung genannt werden kann, und eine auf Ausführung des Diebstahls gerichtete Handlung so wenig vorliegt, als wenn er sich Leitern und Stricke zur Verübung eines Diebstahls angeschafft hätte. Ebensowenig kann daher von der Concurrenz eines strafbaren Versuchs gesprochen werden, wenn Jemand ein Schießgewehr stiehlt, um einen Andern damit zu ermorden, oder eine Leiter entwendet, um damit in der nächsten Nacht einen andern Diebstahl zu verüben [1]). — Ganz anders gestaltet sich dagegen die

1) Die Entführung einer Mannsperson soll nach Feuerbach Lehrb. §. 260. bei vorhandener Einwilligung des Entführten als Ver-

Sache, wenn die Verübung des einen Verbrechens *zugleich die Ausführung eines andern enthält.* Wenn also z. B. Jemand ein Haus in Brand steckt, damit eine in demselben befindliche Person in den Flammen umkomme, dies letztere aber nicht geschieht, so kann nicht im Mindesten daran gezweifelt werden, daß er sich eines vollendeten Verbrechens der Brandstiftung und zugleich eines Mordversuchs schuldig gemacht habe; und wenn Räuber aus dem Hinterhalte den Postillion oder Conducteur erschießen, ein Gefangener den ihm entgegentretenden Wärter, um sich zu befreien, ermordet, ohne daß das beabsichtigte Verbrechen vollendet würde, so wird ebenfalls unbedenklich die Annahme der idealen Concurrenz eines vollendeten und eines versuchten Verbrechens als gerechtfertigt erscheinen.

§. 142.

B. Ein anderer bei der idealen Concurrenz vollendeter und versuchter Verbrechen zur Sprache zu bringender Fall ist folgender: Es verübt Jemand ein Verbrechen und ist entschlossen, falls dies zur Durchführung dieses zunächst beabsichtigten Verbrechens erforderlich seyn sollte, noch ein

such der Sodomie, bei mangelnder Einwilligung desselben, auch als Versuch der Sodomie, entweder in idealer Concurrenz mit dem crimen vis, oder dem Plagium bestraft werden können. Wäre dies richtig, so müßte auch jede Entführung einer Frauensperson zugleich Versuch der Nothzucht oder des Stuprums seyn! Von einer idealen Concurrenz kann in diesen Fällen in der That keine Rede seyn. Nur eine auf Duldung des natürlichen oder widernatürlichen Beischlafs *unmittelbar* gerichtete Handlung, z. B. wenn Jemand einen Knaben oder ein Mädchen von der Landstraße in ein Holz schleppt, um daselbst auf der Stelle die Wollust zu befriedigen, kann Versuch der Sodomie oder Nothzucht genannt werden. Sonst ist die Wegführung bloße Vorbereitung und, insofern sie schon an sich Verbrechen ist, als solches strafbar.

anderes Verbrechen zu begehen. Ist alsdann jenes erste Verbrechen zugleich als Versuch des zweiten eventuell beabsichtigten Verbrechens zu betrachten? Diese Frage muß, wie schon Wächter[1]) an mehreren hierher gehörigen Beispielen[2]) gezeigt hat, verneint werden, weil „ein solcher bedingter oder eventueller Entschluß zu einem zweiten Verbrechen, so lange noch keine auf Realisirung dieses Entschlusses gerichtete Handlung vorgenommen worden ist, kein Versuch des zweiten Verbrechens genannt werden kann", und es versteht sich demnach auch von selbst, daß, wenn die erste Handlung eine an und für sich erlaubte ist, z. B. A bittet den B um Geld, ist aber entschlossen, im Fall der Weigerung Gewalt zu gebrauchen — alle Strafbarkeit wegfällt. Auch kann dagegen nicht eingewendet werden, daß wir selbst einen Versuch mit dolus eventualis oder alternativus angenommen haben. (vergl. oben §. 29.) Dies ist aber ein in der That ganz verschiedener Fall, indem dabei eine Handlung vorausgesetzt wird, welche ihrer Natur nach den einen oder andern Erfolg haben kann und wobei es der Verbrecher dem Zufall überläßt, ob dieser oder jener von den in seiner Absicht enthaltenen und als gleich möglich vorausgesehenen Erfolgen eintrete. Möglich ist es freilich, daß die Gesetze einen solchen eventuellen durch eine andere Handlung erst noch zu realisirenden Entschluß bei der Strafbestimmung berücksichtigen und deshalb das zunächst zu verübende Verbrechen durch härtere Strafe auszeichnen, z. B. beim s. g. bewaffneten Diebstahl, es wird aber Niemandem vernünftiger Weise einfallen können, zu behaupten,

1) Im Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Bd. II. S. 478.

2) z. B. Gewaltthätigkeit gegen Privatpersonen von einer zusammengerotteten Menschenmenge verübt, welche zugleich entschlossen ist, der etwa einschreitenden Obrigkeit sich gewaltsam zu widersetzen; Beraubung einer Person mit eventueller mörderischer Absicht.

daß sich der bewaffnete Dieb zugleich eines Versuchs des Mordes schuldig mache [1]).

§. 143.

C. Ferner kann die Frage aufgeworfen werden, wie die Handlung Desjenigen juristisch zu beurtheilen sey, welcher, in der Absicht ein Verbrechen zu verüben, durch eine s. g. aberratio ictus, durch einen Fehlschlag, Wurf oder Schuß (ohne Irrthum im Object [2])) eine andere Person oder Sache verletzt als er zu verletzen beabsichtigte? Liegt alsdann eine Concurrenz eines versuchten und eines vollendeten oder nur ein vollendetes Verbrechen vor [3])? Kann also Derjenige, welcher in tödtlicher Absicht nach Titius schießt, aber den danebenstehenden Gajus trifft, wegen vollendeten Mordes bestraft werden, oder soll man sagen, es concurrire hier ein Versuch des Mordes mit einer culposen Tödtung, wodurch der Thäter von der Strafe des vollendeten Mordes befreit werden würde? Die An=

1) über das Röm. Recht s. oben S. 112.

2) Denn ein bloßer Irrthum im Objecte kann, worin jetzt wohl Alle einverstanden sind und womit auch die Gesetze übereinstimmen, (L. 18. §. 3. D. de injur. u. Matthaeus de crimin. Lib. XLVIII. Tit. 5. Cap. 3. No. 12. S. jedoch die bei Carpzov Pract. rer. crim. Qu. 5. angeführten älteren dissentirenden Juristen) insofern dadurch kein Mangel am Thatbestande herbeigeführt wird, z. B. beim Parricidium und im Fall der L. 3. §. 4. D. de injuriis, keinen Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der Sache haben. Vergl. auch Wächter Strafrecht II. S. 128.

3) Vorausgesetzt wird natürlich, daß die Handlung jedenfalls auch hinsichtlich des Objects, welches der Thäter zu verletzen beabsichtigte, Verbrechen sey. Anders natürlich im Fall der Ausübung rechtmäßiger Nothwehr P. G. O. Art. 145. und im Fall der L. 4. D. de injur. „Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, injuriarum non teneor.“

sichten der Criminalisten über diese Frage sind verschieden. Was die ältern Juristen betrifft, so war schon Bartolus [1]) der Meinung, daß hier die Strafe der vollendeten absichtlichen Tödtung verwirkt sey, und Clarus [2]) billigt diese Ansicht, bemerkt indeß, daß seiner Erfahrung nach die Praxis in mehrern Fällen anders erkannt habe. Carpzov [3]) schließt sich wie gewöhnlich an Clarus an, abgesehen von der von ihm angeführten Sächsischen Constitution, welche sich für die strengere Ansicht erklärt hat, die auch von Matthäus gebilligt wird [4]). Gegen Bartolus erklärten sich Alexander von Imola, Jason und später Harpprecht [5]). Unter den neuern Juristen brachte Gesterding [6]) diese Streitfrage wieder zur Sprache und suchte auszuführrn, daß dieselbe nicht wie im Falle eines Irrthums in der Person beurtheilt werden könne, sondern ein Zusammentreffen von conatus homicidii mit homicidium culposum anzunehmen sey. Gegen ihn erklärte

1) Ad L. respiciendum (11.) D. de poenis.

2) Sent. rec. Libri V. §. homicidium No. 5.

3) Pract. rer. crim. Qu. 5. No. 17 seq.

4) De crimin. Lib. XLVIII. Tit. 5. Cap. 3. No. 13.

5) Cf. Carpzov l. c.

6) Im N. Archiv Bd. III. S. 486 ff. Die Äußerung, welche Wächter Strafr. II. S. 128. macht, Gesterding habe diesen Fall übersehen, verstehe ich nicht. Gesterding unterscheidet doch sehr deutlich den Irrthum in der Person von der aberratio ictus bei der nämlichen Handlung und nur die S. 491. gestellten Fälle sind sehr unpassend gewählt, weil dabei von zwei ganz verschiedenen Handlungen die Rede ist. Ohne Noth bemüht sich daher Pfotenhauer in der nachher zu erwähnenden Schrift Gesterding in dieser Beziehung weitläuftig zu widerlegen. Dagegen scheint Wächter's Vorwurf mit Recht Oersted gemacht werden zu können, welcher in den Grundregeln der Strafgesetzgebung S. 241 f. die beiden nothwendig zu unterscheidenden Fälle nicht von einander sondert.

sich Wächter[1]), und ausführlicher Pfotenhauer[2]), während Heffter[3]) mehrere Fälle wieder unterscheidet, und hiernach die nicht gewollte Richtung der Handlung bald zum dolus, bald zur s. g. luxuria, bald zur culpa zugerechnet wissen will. Und auch wir glauben, daß ohne Verletzung allgemein anerkannter Rechtsprincipien nicht ohne Weiteres in jedem Falle, wo die Handlung eine nicht gewollte Richtung erhält, dem Thäter die Wirkung derselben zum Dolus zugerechnet werden könne. Auf den Fall eines wahren Irrthums in der Person kann sich Niemand berufen wollen, denn wenn man auch sagen kann, daß der Verbrecher diesen Menschen nicht ermordet haben würde, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre, so haben wir doch eine absichtliche auf Ermordung eines Menschen gerichtete Handlung, welche auch den beabsichtigten Erfolg gehabt hat, und zwar an dem Objecte gegen welches die mörderische Handlung gerichtet war[4]). Anders kann sich dagegen die Sache bei einer s. g. aberratio ictus verhalten, und wer nicht die Behauptung zu rechtfertigen vermag, daß zu einem dolosen Verbrechen gar nicht erforderlich sey, daß zwischen Absicht und Erfolg ein innerer Zusammenhang Statt finde, der kann auch, wenn er die juristische Entscheidung nicht nach einem unbestimmten Gefühle geben will, nicht unbedingt der entgegengesetzten Meinung huldigen. Wer auf einen Andern

1) Strafrecht II. S. 128.

2) C. E. Pfotenhauer, Diss. de delicto per errorem in persona commisso, Halae. 1828. Pars II. Cap. II. p. 46 seqq. „De homicidio per aberrationem commisso". Cap. I. handelt „de injuria per aberrationem commissa", in welchem Falle, Pfotenhauer gerade das Gegentheil vertheidigt.

3) Im N. Archiv Bd. XII. S. 287 ff. und Lehrb. des gemeinen Deutschen Criminalrechts §. 73. No. II.

4) S. Gesterding a. a. O.

zuschlägt und gegen seinen Willen (invitus) einen daneben stehenden Dritten trifft, macht sich schon nach den Gesetzen keiner Injurie gegen diesen Dritten schuldig [1]), und zwischen einer Injurie und einem andern Verbrechen ist in dieser Beziehung kein wahrer Unterschied [2]). Genug daß der Thäter diesen Menschen nicht verletzen wollte; daß gegen diesen die Handlung gar nicht gerichtet war. Wenn zwei Personen ein Duell auf Tod und Leben verabreden und vollziehen, so daß also der eingetretene Tod eines der Duellanten dem andern zum Dolus würde zuzurechnen seyn, die Kugel fährt aber vorbei und trifft einen Menschen von dessen Gegenwart der Handelnde nichts wußte, — wenn Jemand in der Hitze des Zornes ein Pistol auf seinen Gegner abfeuert und ihn verfehlt, die Kugel fährt aber durch das Fenster und ein zufällig vorübergehender Mensch wird tödtlich getroffen, will man diese Beiden wohl wegen eines vollendeten absichtlichen Todtschlags bestrafen? Und werden wir, wenn wir selbst annehmen, daß der Richter die Grundsätze der Lex Cornelia de sicariis zur Anwendung zu bringen, oder nach Art. 2. des Code pénal zu entscheiden hätte, wohl deshalb sagen können, daß der Thäter wegen eines vollendeten Verbrechens bestraft werde? Oder soll vielleicht, wenn wir eine prämeditirte tödtliche Handlung an die Stelle setzen, die bloße Prämeditation eine Änderung hervorbringen? Unmöglich! Denn die Prämeditation, welche eine höhere Zurechnung begründet,

1) L. 4. D. de injur. Zwar kömmt bei dieser Entscheidung hinzu, daß die Handlung des Herrn gegen den Sclaven nicht rechtswidrig war, und deshalb wird die Stelle von Manchen als gar nicht beweisend betrachtet, allein der Hauptentscheidungsgrund liegt offenbar in dem Worte invitus und wir zweifeln nicht, daß Paulus einen anders gestalteten Fall ebenso entschieden haben würde.

2) Ohne hinreichende Gründe nimmt dies Pfotenhauer a. a. O. an.

kann nach den Grundsätzen unseres heutigen Strafrechts den nothwendigen Zusammenhang zwischen Absicht und Erfolg nicht ersetzen! Wir werden daher die nicht beabsichtigte Verletzung eines Menschen, gegen welchen die tödtliche Handlung nicht gerichtet war, nur als ein mit Mordversuch concurrirendes fahrlässiges Verbrechen betrachten können, wobei freilich der Grad der Culpa den Umständen nach sehr verschieden seyn kann. Von einer Zurechnung zum dolus darf aber nur dann die Rede seyn, wenn dem Thäter wirklich auch hinsichtlich dieses andern Objects ein bestimmter oder unbestimmter Dolus zur Last fällt. Wenn also z. B. der Giftmischer, die für A bestimmte Speise wissentlich, ohne es zu hindern, den B genießen läßt, oder wenn er sie so hinstellt, daß ebensogut A als B sie zu sich nehmen konnte, und der Thäter mit diesem Bewußtseyn, eventuell auch in die Vergiftung des B einwilligt; wenn Titius auf den neben Sempronius stehenden Gajus schießt und mit dem Bewußtseyn, daß er den Einen so gut wie den Andern treffen könne, den Sempronius tödtet, so kann er, sobald die Umstände einen eventuellen oder alternativen Dolus ergeben, allerdings wegen vollendeten Mords bestraft werden; — und daß dann nicht auch noch von Concurrenz eines Mordversuchs gesprochen werden könne, liegt in der Natur des unbestimmten Dolus, welcher nicht die Annahme eines doppelten Verbrechens gestattet, indem beides zugleich vom Thäter doch nicht gewollt worden ist. — Eine weitere Ausführung würde unnöthig seyn! Die Anwendung der hier aufgestellten Principien auf andere denkbare Fälle ist leicht. Auch wird Niemand zweifeln, daß, wenn Jemand durch ein und dieselbe Handlung statt des beabsichtigten einen andern nicht beabsichtigten Erfolg bewirkt hat, z. B. es schießt Jemand nach A, trifft ihn nicht, setzt aber durch den Schuß ein Haus in Brand, der Letztere,

als culposer, mit dem Versuch des beabsichtigten Verbrechens concurrire.

§. 144.

Als zweifelhaft kann endlich D. auch die Frage betrachtet werden, ob, wenn das Gesetz verschiedene Grade oder Species des nämlichen Verbrechens unterscheidet, die Vollendung aber der Absicht des Thäters nicht entspricht, von idealer Concurrenz eines versuchten und vollendeten Verbrechens derselben Art gesprochen werden könne. Hier müssen wir vor allen Dingen zwei Hauptfälle unterscheiden, nämlich 1. wenn die Absicht weniger umfaßte, als der Delinquent vollzieht, und 2. wenn ein dem Grade nach geringeres Verbrechen vollbracht wird, als der Delinquent beabsichtigte. — Im ersten Falle wird von einem Versuche gar nicht gesprochen werden können. Denn das beabsichtigte Verbrechen ist bewirkt oder vollendet, und das nicht beabsichtigte Mehr kann höchstens nur zur Culpa zugerechnet werden, vorausgesetzt, daß das Verbrechen auch ein fahrlässiges seyn kann. Es wird daher nur von einer Concurrenz von dolus und culpa oder einer s. g. culpa dolo determinata gesprochen werden können, wie z. B. wenn Jemand eine schwerere Verwundung bewirkt, als er beabsichtete. Anders würde es dagegen z. B. beim Diebstahl seyn, wenn ein völliger error in corpore vorliegt, weil es keinen culposen Diebstahl giebt. — Im zweiten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob das Gesetz die Grade oder Species nach objectiven oder subjectiven Gesichtspunkten abgestuft hat. Wo nämlich die Strafe blos nach dem Umfang der Rechtsverletzung bestimmt ist, wie z. B. beim Diebstahl nach der Größe der entwendeten Summe, da wird auch die That nur ihrer äußern Erscheinung nach aufgefaßt werden können, und was der Verbrecher in seiner Absicht umfaßte, muß juristisch als irrelevant betrachtet

werden, so daß z. B. nicht Versuch eines großen Diebstahls gestraft werden kann, wenn der Dieb nur 10 Rthlr. entwendete, aber 20 Rthlr. stehlen wollte [1]). — Zweifelhafter kann die Frage dagegen erscheinen, wenn die Gradationen des Verbrechens sich auf den subjectiven Maaßstab beziehen, z. B. beim Diebstahl durch Einbruch oder Einsteigen. Denken wir uns hier den Fall, daß Jemand eine Leiter oder eine Brechstange mitnimmt, um einzusteigen oder einzubrechen, er bedarf aber dieser Mittel nicht, weil er die Hausthüre offen findet, so könnte man sagen, es liege hier vollendeter gemeiner Diebstahl und Versuch eines gefährlichen Diebstahls vor, denn der Zufall, welcher dem Verbrecher die That erleichterte, könne ihn nicht von der schwerern Zurechnung befreien. Allein der Einfluß des Zufalls auf die Bestrafung wird, sobald man nicht blos die Absicht strafen will, stets bleiben. Auch muß uns der Ausdruck des Strafgesetzes, welches von dem wirklichen Gebrauch der Mittel, von dem wirklichen Einsteigen oder Einbrechen die Qualification abhängig macht, zu einer richtigern Ansicht von der Sache hinleiten, so daß zwar von einem Versuche des gefährlichen Diebstahls die Rede seyn kann, wenn der Dieb beim Einsteigen oder Einbrechen gestört wurde oder nichts fand, was er entwenden könnte, nicht aber von der Concurrenz eines vollendeten gemeinen Diebstahls und dem Versuche eines gefährlichen bei der nämlichen Handlung [2]). In andern Fällen wird auch wegen einer Willensänderung des Thäters von keiner höhern Zurechnung die Rede seyn können, z. B. wenn sich Jemand zu einem Diebstahl bewaffnet, allein vor dem Eingehen in das Haus die Waffen ablegt.

Endlich fragt sich noch, ob Concurrenz eines vollendeten und eines versuchten Verbrechens anzunehmen sey, wenn

1) Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 11. u. oben S. 10.
2) Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 12.

der Delinquent ein hauptsächlich in subjectiver Beziehung schwereres Verbrechen zu vollziehen glaubt, sich aber im Objecte irrt und nur ein geringeres Verbrechen begeht. Z. B. die Absicht ist auf Verwandtenmord gerichtet und aus Irrthum wird eine nicht verwandte Person getödtet; oder es glaubt Jemand irrthümlich mit einer verheiratheten Frau oder einer ihm nahe verwandten Person zu concumbiren. Die Entscheidung dieser Frage ergiebt sich aber schon aus den früher erörterten Grundsätzen über die Strafbarkeit des Conats mit untauglichen Mitteln und an einem Object, gegen welches das Verbrechen in concreto nicht verübt werden konnte.

§. 145.

II. Fälle der materialen Concurrenz.

Eine nähere und genauere Betrachtung verdienen ferner diejenigen Fälle, in welchen ein vom Thäter beabsichtigter rechtswidriger Erfolg nicht durch die absichtliche auf Bewirkung dieses Erfolgs gerichtete Handlung, sondern, ohne sein Wissen, durch eine andere, aber mit jener in einem gewissen Zusammenhange[1]) stehende Handlung oder Unterlassung desselben, bei der er die Erreichung des rechtswidrigen Erfolgs nicht beabsichtigte, oder nicht mehr beabsichtigen konnte, herbeigeführt worden ist. Setzen wir nämlich

A. den Fall, daß Jemand, nachdem er unabsichtlich, aber doch auf eine schuldhafte Weise, einen rechtswidrigen Erfolg bewirkt hat, in der irrthümlichen Voraussetzung, daß dieser Erfolg noch nicht eingetreten sey, denselben durch eine vorsätzliche Handlung zu erreichen

1) Denn ist dies nicht der Fall, fehlt es an der Continuität der beiden Acte, so ist die Frage in der That ohne besonderes Interesse, und es treten dann die zweifellosen Regeln über die Beurtheilung successiv concurrirender Verbrechen ein.

strebt, so wird man gewiß nicht sagen können, es komme nichts darauf an, wie dieser strafbare Erfolg herbeigeführt sey, es sey nur ein vollendetes Verbrechen anzunehmen und die von den Gesetzen für die absichtliche Vollbringung desselben gedrohte Strafe verwirkt. Vielmehr müssen wir in dem unterstellten Falle das culpose von dem dolosen Handeln des Thäters wohl unterscheiden und können ihm hinsichtlich des dolosen nur einen unschädlichen Versuch zur Last legen, indem durch die absichtlich vorgenommene Handlung gar nicht das bewirkt worden ist und bewirkt werden konnte, was zum Eintritt der gesetzlichen Strafe für das vollendete dolose Verbrechen gehört. Ja es wird sogar ein zur gesetzlichen Strafe z. B. des Mordes verurtheilendes Erkenntniß schon dadurch ausgeschlossen werden müssen, sobald es auch nur wahrscheinlich, wenn gleich nicht gewiß ist, daß zur Zeit, wo die absichtliche, auf Lebensberaubung gerichtete Handlung vom Thäter vorgenommen wurde, der Tod schon vermöge einer vorausgegangenen fahrlässigen Handlung oder Unterlassung eingetreten war. Es wird also z. B. eine Mutter, welche gegen ihr uneheliches, neugebornes und lebensfähiges Kind eine mörderische Handlung vornimmt, dann nicht mit der Strafe des vollendeten Kindesmordes belegt werden können, wenngleich das Kind erwiesener Maßen nach der Geburt gelebt hat, sobald es auch nur wahrscheinlich ist, daß das Kind sich in der Zwischenzeit z. B. durch den nicht unterbundenen und mit einem scharfen Instrumente durchschnittenen Nabelstrang verblutet habe. Vielmehr wird die Mutter, vorausgesetzt, daß ihr wirklich die unterlassene Unterbindung nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, blos wegen fahrlässiger Tödtung des Kindes, und, wegen eines damit zusammentreffenden Versuchs des Kindesmords, nur dann bestraft werden können, wenn man einen strafbaren Versuch an einem Objecte annimmt, an welchem

das fragliche Verbrechen gar nicht hervorgebracht werden konnte [1]).

§. 146.

Gerade der umgekehrte Fall von dem vorigen ist vorhanden, wenn B. ein vorsätzlicher Verbrecher, in der Meinung, daß er den beabsichtigten Erfolg bewirkt habe, eine andere Handlung vornimmt, durch welche in der That erst die strafbare Wirkung ohne sein Wissen herbeigeführt wird. Denken wir uns, daß ein Mörder, nachdem sein Opfer nach seiner Meinung entseelt vor ihm liegt, dasselbe von einer Anhöhe in einen Abgrund stürzt oder in das Wasser wirft, um die Entdeckung zu verhüten, und bei der Untersuchung ergiebt sich, wir wollen annehmen, mit Bestimmtheit, daß der Getödtete nicht an der beigebrachten Wunde gestorben ist, sondern beim Sturze das Genick gebrochen hat, oder im Wasser ertrunken ist; oder setzen wir den Fall, daß Jemand, der einen Andern ermordet zu haben glaubt, um den Glauben zu erregen, als sey der Ermordete in dem durch eigene Fahrlässigkeit verursachten Feuer umgekommen, das Zimmer in Brand steckt, das Feuer erlöscht zwar wieder, verbreitet aber einen solchen Dampf, daß der Verwundete, der nicht an seiner Wunde gestorben war, im Dampfe ersticken mußte; wird man auch in diesen Fällen sagen müssen: Da durch die mit tödtlicher Absicht vorgenommene Handlung die Lebensberaubung nicht bewirkt worden ist, sondern erst durch eine andere verbrecherische Thätigkeit, die, was den eingetretenen Tod betrifft, nicht als vorsätzliche, sondern nur als fahrlässige zu betrachten ist, weil der Wahn des Todes die tödtliche Absicht ausschließt, so liegt auch hier Concurrenz eines versuchten Mordes mit culposer Tödtung vor? oder sollen wir den Umstand,

1) Vergl. z. B. den oben S. 251. Note 1. angeführten Rechtsfall.

daß der gewollte Erfolg durch eine andere nicht in dieser Absicht vorgenommene Handlung bewirkt wurde, als irrelevant betrachten und den Thäter wegen eines vollendeten Mordes bestrafen?? Das Letztere haben mehrere Criminalisten entschieden gebilligt und die entgegengesetzte Meinung sogar für eine von dem natürlichen Verstande nicht zu fassende juristische Spitzfindigkeit oder Grillenfängerei erklärt [1]), obgleich sie schon in einigen Urtheilen Deutscher Gerichtshöfe anerkannt worden ist [2]).

1) Grolman in der Bibliothek für peinl. Rechtsw. Bd. I. St. 3. S. 233 ff. bei Gelegenheit der Recension des in der folg. Note aus Kleins Annalen mitzutheilenden Falles. Derselben Meinung wie Grolman ist Oersted, über die Grundreg. der Strafgesetzgeb. S. 242. Wächter, Strafrecht II. S. 127 u. Weber im N. Archiv. Bd. VII. S. 577.

2) Wir erwähnen zuerst einen Fall dieser Art aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts, wo zwar die Richter (die Criminal-Deputation des Cammergerichts zu Berlin) auf Todesstrafe, aber doch auf eine mildere, als die gesetzliche erkannten, weil durch die in tödtlicher Absicht vorgenommenen Handlungen der Tod nicht bewirkt, sondern die Tödtung durch Handlungen vollendet worden war, bei welchen der Thäter keine tödtliche Absicht hatte. (vgl. Kleins Annalen Bd. XVI. Nr. 1.) Der Fall ist folgender: Ein gewisser Schreiber Tarnow, von Rache und Eifersucht getrieben, begiebt sich in der Nacht vor das Bett des Amtmanns Truchs, schlägt ihn mit einem Hammer mehrmals vor den Kopf und hängt ihn dann, um den Glauben zu erregen, derselbe habe sich selbst entleibt, während er ihn für todt hält, mit einem Strick an der Thüre auf. Die Kunstverständigen urtheilten, daß der Tod durch das Aufhängen bewirkt worden sey. — Einen andern hierher gehörigen von dem Spruchcollegium zu Jena entschiedenen Fall referirt ein Ungenannter im neuen Archiv des Criminalrechts. Bd. V. Nr. XVI. S. 375 — 422. Eine Mutter wirft ihr uneheliches Kind von drittehalb Jahren, welches ihr wegen eines mit einem Soldaten angeknüpften Verhältnisses zur Last ist, in der Absicht, es zu tödten, in das Wasser. Das Kind schwimmt eine Strecke von 490 Fuß auf dem

§. 147.

Im Römischen Rechte können wir keine Entscheidung über die aufgeworfene Frage nach heutigem Deutschen Criminalrechte suchen. Denn daß z. B. nach den Grundsätzen der Lex Cornelia de sicariis in den angeführten Fällen die gesetzliche Strafe verwirkt seyn würde, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, weil es ja, wie wir gesehen haben, zur Verwirkung derselben nicht des Eintritts des rechtswidrigen Erfolgs bedurfte [1]), woraus sich zugleich erklärt, warum sich die Römischen Juristen auf gar keine Untersuchungen über den Causalzusammenhang zwischen der Handlung und dem Erfolge in Beziehung auf die öffentliche Strafe des Mordes einzulassen brauchten [2]). Eher könnte man eine Entscheidung im Titel ad Legem Aquiliam erwarten, da es nach dieser Lex, wenn die Klage de servo occiso begründet

Strome fort. Die Mutter geht nebenher und als das Kind an einer seichten Stelle hängen bleibt, steigt sie in den Fluß hinab, wirft es, dasselbe für Tod haltend, das Ufer hinauf, wobei es mit dem Kopfe an einen aus dem Ufer heraus ragenden Balken fährt, und verscharrt es dann in der Nähe in die Erde. Nach dem Urtheil der Kunstverständigen war als gewiß anzunehmen, daß das Kind nicht ertrunken, sondern an einer durch das Heraufschleudern verursachten Verletzung des Rückenmarks gestorben sey. Das Erkenntniß lautete folgender maßen: Daß die Inquisitin, was eine vorsätzliche und vollendete Ermordung ihres Kindes betreffe, zwar von der einstweiligen Untersuchung zu entbinden, daß jedoch dieselbe des nächsten Versuches, dieses ihr Kind zu ermorden, gleich darauf aber der wirklichen jedoch blos fahrlässigen Tödtung desselben sich schuldig gemacht habe und daher mit lebenslänglichem Zuchthaus zu bestrafen sey.

1) Dasselbe gilt von denjenigen neuern Gesetzgebungen, z. B. Code pénal Art. 2., welche den Versuch der Vollendung an Strafbarkeit gleichstellen.

2) L. 1. §. 3. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) vgl. Stübel üb. den Thatbestand der Verbrechen S. 19. 20.

werden solle, allerdings darauf ankam, daß der Mensch wirklich an den durch den Beklagten empfangenen Wunden gestorben sey, aus welchem Grunde jener Titel, was den objectiven Thatbestand des Verbrechens der Tödtung betrifft, für unser heutiges Strafrecht auch von größerer Wichtigkeit ist, als der Titel ad Legem Corneliam de sicariis. Indessen kam es doch auch bei der Anwendung der Lex Aquilia nur darauf an, ob man sagen konnte, der Sclave sey durch eine schuldhafte Handlung des Beklagten ums Leben gekommen, wobei die Frage, ob sie blos eine vorsätzliche sey, oder eine Concurrenz von dolus und culpa eintrete, als gleichgültig betrachtet werden mußte. Wir finden daher nur Erörterungen darüber, wann nicht de servo occiso geklagt werden könne, weil z. B. der verwundete Sclave in der That erst durch eine schuldhafte Handlung eines Andern, oder durch medici inscientia aut domini negligentia das Leben verloren habe [1]). — Ebensowenig läßt sich aus dem Canonischen Rechte und der peinlichen Gerichtsordnung eine ausdrückliche Entscheidung unserer Frage entlehnen. Denn wenngleich beide Gesetzgebungen, dem Geiste des Germanischen Rechtes gemäß, zum Thatbestande der Tödtung und zur Verwirkung der poena ordinaria die Lebensberaubung als Erfolg verlangen, so berücksichtigen sie doch nur den gewöhnlichen Fall, und es dürfte auch in frühern Zeiten, wo die Lehre vom Causalnexus und den verschiedenen Arten der Verschuldung noch nicht sorgfältig ausgebildet war, ein Deutscher Richter umsoweniger an der Zulässigkeit der Todesstrafe in den gestellten Fällen gezweifelt haben, als ja nach den ausdrücklichen Worten der peinlichen Gerichtsordnung auch die Strafe der unterstandenen Missethat

1) cf. L. 11. §. 3. L. 15. §. 1. L. 30. §. 4. L. 52. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen S. 145 — 153.

bis zur Todesstrafe steigen kann. Uns kömmt es aber hier nicht sowohl auf die Stufe der Strafbarkeit, als vielmehr nur auf die den allgemeinen Principien des Deutschen Criminalrechts entsprechende juristische Beurtheilung der Sache an[1]), und in dieser Hinsicht sind wir doch der Meinung, daß man sich, der Consequenz halber und ohne den Vorwurf juristischer Spitzfindigkeit zu scheuen, für die Annahme einer Concurrenz eines versuchten Mordes und einer culposen Tödtung zu entscheiden habe. Auch wird man sich durch die gegentheilige Berufung auf den gemeinen und natürlichen Verstand nicht irren lassen dürfen. Denn damit hat es immer eine sehr bedenkliche Bewandtniß; der s. g. natürliche Verstand ist oft weiter nichts, als ein sich keiner bestimmten Gründe bewußtes und deshalb leicht trügerisches Gefühl, von welchem der Richter, der nur nach Rechtsprincipien zu urtheilen hat, sich nicht darf leiten lassen!

§. 148.

Daß in den fraglichen Fällen der objective Thatbestand des Verbrechens überhaupt vorliege, ist natürlich nicht dem mindesten Zweifel unterworfen. Allein es handelt sich hier um die Zurechnung der eingetretenen Verletzung zum dolus oder zur culpa, wobei wir den Grundsatz festzuhalten haben, daß nur Dasjenige zum dolus zugerechnet werden könne, was wirklich als **unmittelbare** oder **mittelbare** Folge des dolosen Handelns betrachtet werden kann. Daher wird

1) Wenn daher z. B. **Oerstedt** a. a. O. S. 243, welcher der Meinung ist, daß das s. g. delictum perfectum oder der beendigte Versuch an Strafbarkeit dem vollendeten Verbrechen gleichstehe, behauptet, nach seiner Ansicht habe der Schuldige die auf den Mord oder vorsätzlichen Todtschlag stehende Strafe verwirkt, so wird dadurch für die zunächst zu beantwortende Frage, ob ein vollendetes doloses Verbrechen oder eine Concurrenz von dolus und culpa anzunehmen sey, nichts gewonnen.

allerdings ein vollendetes doloses Verbrechen angenommen werden müssen, sobald eine nachfolgende durch die absichtliche Handlung in Wirksamkeit gesetzte Ursache den rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat; von einem Causalnexus zwischen dem Erfolg und der absichtlichen Handlung kann aber da nicht die Rede seyn, wo jener gar nicht durch das dolose Handeln, sondern durch ein anderes Ereigniß bewirkt worden ist. Wir reden daher z. B. nicht von einem vollendeten Mord, wenn der durch A schwer verwundete B nicht (mittelbar oder unmittelbar) durch diese Wunde, sondern durch eine eigene oder eine schuldhafte (absichtliche oder fahrlässige) Handlung eines Andern das Leben verloren hat [1]). Ebenso wird auch Niemand Denjenigen wegen vollendeten Mordes bestrafen wollen, welcher in tödtlicher Absicht den Titius gefährlich verwundete, sobald Titius nicht durch diese sondern durch eine spätere, mit der vorigen in gar keiner Verbindung stehende, fahrlässige Handlung desselben Thäters das Leben verloren hat. Kann uns nun wohl der Umstand, daß die vorsätzliche und die fahrlässige Handlung näher an einander rücken und in einem gewissen factischen Zusammenhang mit einander stehen, berechtigen, den Erfolg als aus einem Factum und aus einem Vorsatz hervorgegangen zu beurtheilen? Dies ist, wie wir glauben, selbst dann nicht möglich, wenn wir mit Weber [2]) einen Unterschied zwischen dolus generalis und specialis machen und jenen als vorhanden annehmen, wenn der verbrecherische Entschluß mehrere auf einen Haupterfolg hinwirkende Handlungen oder mehrere Mittel oder Abschnitte des Handelns umfaßt, durch welche das beabsichtigte Eine Verbrechen zu Stande kommt. Denn

1) L. 11. §. 3. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) Celsus scribit: si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit. —

2) N. Archiv Bd. VII. S. 565.

von einer Hinwirkung des verbrecherischen Entschlusses kann da nicht mehr die Rede seyn, wo der Verbrecher den Erfolg bewirkt zu haben glaubte und nun in einer ganz andern Absicht eine Handlung vornimmt, durch welche ohne sein Wissen jener Erfolg erst herbeigeführt wird. Daher kann auch nach den Grundsätzen von fortgesetzten Verbrechen der eingetretene Erfolg nicht als die Wirkung des dolosen Handels betrachtet werden, weil eine Fortsetzung des Verbrechens ohne fortdauernde verbrecherische Absicht nicht anzunehmen ist. Zwar bemerkt Wächter[1]), man müsse sich in unserm Falle deshalb für die Consummation des dolosen Verbrechens erklären, weil doch bei der zweiten Handlung der Wille das Verbrechen hervorgebracht zu haben und die Billigung des vermeintlich bewirkten Erfolgs fortdauerte; allein von einem Willen kann nur in Beziehung auf etwas Zukünftiges die Rede seyn; kein vernünftiger Mensch wird etwas wollen, was schon geschehen ist, und die fortdauernde Billigung des geschehenen kann nicht die nothwendig erforderliche Richtung des Willens auf Hervorbringung des verbrecherischen Erfolgs ersetzen.

§. 149.

Wenngleich wir uns übrigens für die Annahme der Concurrenz des Versuchs mit einem culposen Verbrechen entschieden haben, so wollen wir doch nicht in Abrede stellen, daß Derjenige, welcher, in der Meinung das beabsichtigte Verbrechen hervorgebracht zu haben, eine zweite Handlung in anderer Absicht vornimmt, von der er einsehen konnte, daß, wenn der beabsichtigte Erfolg noch nicht eingetreten sey, er nothwendig bewirkt werden müsse, auf eine der Strafbarkeit des vollendeten absichtlichen Verbrechens fast gleiche Stufe der Strafbarkeit gestellt werde, und

1) Lehrb. des Strafrechts II. S. 127.

wir wollen es daher auch gerade nicht tadeln, wenn in dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen vom Jahre 1824 im Art. 164. ausdrücklich bestimmt ist, daß den vorsätzlichen Verbrecher auch dann die gesetzliche Strafe treffe, wenn die gewollte Rechtsverletzung nicht durch die in dieser Absicht unternommene Handlung hervorgebracht sey, sondern durch eine andere Handlung, welche er in anderer Absicht, aber in Folge der erstern That unternahm; und es würde, wie schon bemerkt wurde, auch der gemeinrechtliche Richter nur von einer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch machen, wenn er in einem solchen Falle z. B. bei einer vorgefallenen Tödtung für den mit fahrlässiger Tödtung concurrirenden Versuch des Mordes auf Todesstrafe erkennte. Allein jedenfalls müßte, wenn ein Gesetzgeber es noch für nöthig halten sollte, diesen Fall ausdrücklich zu bedrohen, sobald er der strengern Ansicht huldigen wollte, doch die Beschränkung beigefügt werden, daß die zweite Handlung so beschaffen sey, daß der Thäter einsehen mußte, es werde der vermeintlich schon eingetretene Erfolg jedenfalls dadurch bewirkt werden, wenn er auch noch nicht herbeigeführt sey. Es lassen sich aber genug Fälle denken, wo man von der zweiten fahrlässigen Handlung dies nicht sagen kann, und dann würde es gewiß dem allergrößten Bedenken unterliegen, sie mit der ersten absichtlichen Handlung zu einem dolosen Factum zu verbinden.

Andr. Less
Buchbinderei
Bamberg

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Zachariä, Heinrich Albert,

Die Lehre vom Versuche der Verbrechen

Bd.: 1

Göttingen (1836)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.cr.o.23(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11704297-8